

Italy

Avv. FERRUCCIO BOLCHINI

79

I DIRITTI FACOLTATIVI

E

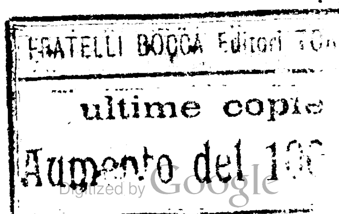
LA PRESCRIZIONE



TORINO
FRATELLI BOCCA EDITORI
LIBRAI DI S. M. IL RE D'ITALIA

SUCCURSALI
MILANO Corso Vittorio Em., 21. — ROMA Via del Corso, 216-217. — FIRENZE Via Cerretani, 8
Depositi a PALERMO - MESSINA - CATANIA

1899



R. UNIVERSITÀ DI PAVIA
Istituto di esercitazioni nelle scienze giuridiche e sociali

I DIRITTI FACOLTATIVI

E

LA PRESCRIZIONE

per l'avvocato

FERRUCCIO BOLCHINI



TORINO
FRATELLI BOCCA EDITORI
LIBRAI DI S. M. IL RE D'ITALIA

SUCCURSALI

MILANO Corso Vittorio Em., 21. — ROMA Via del Corso, 216-217. — FIRENZE Via Cerretani, 8

Depositi a PALERMO - MESSINA - CATANIA

1899

Ferrara — Stab. Tip. Ditta G. Bresciani

AL MIO AMATISSIMO MAESTRO

PROF. VINCENZO SIMONCELLI

Varese, marzo 1898.



Introduzione.

§ 1. — « *Rem non novam adgredimur, sed infinitis iurisconsultorum disputationibus diutissime agitatam, adhuc tamen dubiam* ». Così diceva LEYSER (1) a proposito della antichissima questione delle *res merae facultatis*.

E così sia lecito ripetere oggi, poichè nel diritto moderno il dubbio non fu tolto: LAURENT (2) infatti si chiede: « *Qu'entend-on par actes de pure faculté? C'est un des points les plus obscurs du titre de la prescription* »; e FRANCESCO SAVERIO BIANCHI (3) conferma: « *la materia dei diritti facoltativi è una delle più oscure ed intricate* ».

Se poi ci vogliam riferire a quell' unica disposizione che nel diritto positivo francese (Art. 2232 C. C.) e italiano (Art. 688) parla di « *atti facoltativi* », l'incertezza non è minore: secondo MOURLON (4) si tratta di una « *regola oscurissima* »; e BAUDRY-LACANTINERIE (5) scrisse nel

---

(1) LEYSER: (*Meditationes ad Pandectas Vol. VII. Specimen 362 N. 2*). Dice D'ARGENTRÉ (*V. avanti nota 2 pag. 20*) « hic spargenda aqua pugnantibus aeternum alioqui certaturis » alludendo alle dispute degli scolastici sul nostro argomento.

(2) LAURENT: (*Principes de droit Civil. Vol. 32 § 228*).

(3) F. S. BIANCHI: (*Principii generali sulle leggi § 41 pag. 143*).

(4) MOURLON: (*Répétitions écrites sur le Code Napoléon: Art. 2232*).

(5) BAUDRY-LACANTINERIE: (*Précis de Droit Civil français. Vol. III. § 1616 Ediz. 1886*).

suo recente trattato: « *Les auteurs ne sont d'accord que* « *sur un point au sujet de ce difficile article: c'est que sa* « *disposition est fort obscure* ».

Non può quindi parere un fuor d'opera l'occuparsi ancora una volta degli « *atti facoltativi* » e dell'antica regola: IN FACULTATIVIS NON DATUR PRAESCRIPTIO.

Posizione del tema.

§ 2. — La categoria degli *atti facoltativi* ha posto nella trattazione delle *imprescrittibilità.* Vi sono però scrittori fra i più moderni, come ad esempio F. S. BIANCHI (1), i quali contemplano l' argomento delle *facoltà* da un punto di vista più largo: la distinzione sistematica fra *diritti e facoltà* vien fatta cioè durante la *trattazione generale dei diritti*; cosicchè la *imprescrittibilità* delle *facoltà*, contrapposta alla *prescrittibilità* dei *diritti* vien quasi in seconda linea, come altro dei criteri distintivi. Ma questo metodo non può essere seguito da chi intenda studiare in sè e per sè la dottrina degli atti facoltativi.

Siccome infatti essa nacque ed ebbe sviluppo in tema di imprescrittibilità; siccome questa della imprescrittibilità fu sino ad oggi considerata come la caratteristica principale dei diritti facoltativi; siccome infine, pare a noi, sovratutto in tema di prescrizione la dottrina può trovare pratica ragion d'esistenza, è necessario che noi pure riferiamo essenzialmente il nostro studio alla qualità di *imprescrittibili,* propria dei diritti facoltativi.

Ciò posto, dobbiamo fare anzitutto una distinzione che venne sin qui trascurata, mentre appunto nell'averla trascurata sta, ci pare, la ragione prima dei dubbii e delle incertezze ond' è avvolto nella letteratura giuridica il nostro tema: *La categoria degli atti facoltativi deve essere considerata separatamente in ordine alla prescrizione estintiva ed in ordine alla prescrizione acquisitiva.*

---

(1) F. S. BIANCHI: (op. e loc. cit. a nota 3 *pag. prec.*).

Invece per quella « falsa e pericolosa dottrina », per quella « astrazione arbitraria » (1) che dalla glossa in poi volle riuniti in un medesimo istituto generalissimo, la *prescrizione*, i due istituti — sostanzialmente diversissimi — della prescrizione estintiva e della usucapione, le *res merae facultatis* furono sempre, anche da coloro che più recentemente scrissero di esse, trattate confusamente alla stregua dei principii che regolano l'uno e l'altro istituto.

La nostra indagine ci condusse invece a ritenere che la categoria delle *res facultatis* dal punto di vista storico e dogmatico *ha ragion d'essere solo in tema di prescrizione*

---

(1) SAVIGNY: (*Tr. di Dir. Rom. IV.* § *177*; *178*). Così anche BIANCHINI (*Il concetto della prescrizione e la natività delle azioni. Tesi di laurea*). Alla trattazione di SAVIGNY ci riferiamo per lo svolgimento di questo principio. Ci par del resto intuitivo che non si possa accomunare nella essenza l'istituto *generalissimo* per cui l'azione, non esercitata per un certo lasso di tempo, perisce, e l'istituto *particolarissimo* pel quale certi determinati *stati di fatto* possono divenire *giuridici*. Se si vuol conservare l'unità dell'istituto della *Prescrizione*, ci si deve limitare a porre una sola caratteristica comune, come fa il WINDSCHEID (Trad. FADDA e BENSA, *vol. I.°* § *105*), fra le due « *possibili funzioni* » dell'istituto della Prescrizione: « *Lo stato di fatto del-* « *l'esercizio o non esercizio, colla sua continuazione si cambia in uno stato* « *sussistente per diritto, non più impugnabile* ».

Ma altro è accertare l'esistenza di questa identità logica dell'azione del tempo rispetto alla pr. istintiva ed alla usucapione, ed altro è vedere *affinità*, anzi, correlazione *di contenuto* fra i due istituti, argomentando dall'uno all'altro, come si fa ad es. nella moderna dottrina civilistica italiana, sino ad affermare che « ogni prescrizione è nello stesso tempo acquistava da una parte « ed estintiva dall'altra (V. CLAPS *Nota nel Foro it. 1898. I. 205; e autori ivi.*) Il WINDSCHEID (*op. cit II.°* § *175*) usa l'espressione seguente: « L'IDEA GENERICA della prescrizione trova la sua applicazione anche in ordine all'acquisto della proprietà »; e ARNDTS (*Trad.* SERAFINI *Pandette I.°* § *87 IV. Ediz.*), sotto il titolo: « Influenza del tempo sui rapporti di diritto in generale » dice: « È a ricordarsi anzitutto la modificazione dei « diritti dipendenti dall'averli esercitati o no durante un tempo determinato. « Il che si indica IN GENERALE colla voce prescrizione (*praescriptio*), cioè « acquisitiva od estintiva secondo che conduca all' acquisto di un diritto col « suo esercizio continuo o alla perdita per un continuato abbandono. È PER « ALTRO UN ERRORE ESPORRE LA PRESCRIZIONE QUALE UN ISTITUTO INDI- « VIDUALE GIURIDICO; INVECE SI MANIFESTA NEI DIVERSI DIRITTI CON « ASPETTI SVARIATI ».

estintiva; e che solo in forza di una aberrazione giuridica fu introdotta nel campo della *prescrizione acquisitiva.*

La verità di questa asserzione verrà dimostrata in seguito dallo svolgimento stesso del nostro studio: per ora ci basta di averla affermata. Era necessario far ciò, poichè questo nostro concetto spiega la bipartizione cui informeremo il lavoro, e giustifica l'importanza che a questa bipartizione, discostandoci dalla generalità degli altri (1), crediamo di dover dare.

Tratteremo prima della categoria delle *res facultatis* in relazione esclusivamente alla prescrizione estintiva, trascurando anche nella indagine storica quanto ha riguardo alla prescrizione acquisitiva. Di questa parte tratteremo poi, premettendo un' indagine storica speciale.

Terminologia.

§ 3. — La terminologia è assai varia. BARTOLO disse: « *quaedam facultas* » (2). Gli altri commentatori e BAR-

---

(1) Solo il PUGLIESE, che ci consti, delineò una distinzione cosiffatta, trattando degli atti facoltativi disgiuntamente, prima nel suo volume sulla *Pr. acquisitiva* (§ 55-62); poi in quello sulla *Pr. estintiva* (§ 37-44) e giungendo ad affermare che « *la dottrina delle res facultatis è del tutto estranea alla retta dottrina della usucapione* ».

Ma il PUGLIESE dicendo di inchinarsi allo *jus receptum*, si sforzò di fissar *le basi giuridiche* della categoria delle facoltà in tema appunto di *usucapione*. Noi invece riteniamo che non esista punto lo *jus receptum* nel senso voluto dal PUGLIESE, se si bada non alle apparenze esteriori, ma ai requisiti essenziali posti dagli stessi scrittori invocati dal PUGLIESE, a fondamento della dottrina circa gli atti facoltativi. Di più, noi riteniamo che nessuna base giuridica sia riuscito al PUGLIESE di fissare: di ciò in appresso.

Quanto alla verità dell' asserzione nostra, ci accontentiamo per ora di riferire qui ciò che dice il MAYNZ (*Elem. di Dir. Rom. Vol. I.° § 94 Trad. francese*): « *Beaucoup d'auteurs ont pensé qu'en général tous les droits peuvent « s'éteindre par non usage. Cependant, comme cette opinion était tout à fait « inadmissible á l'égard de plusieurs droits, ils ont formulé une distinction « des actions en: res merae facultatis et res non merae facultatis... Res non « merae facultatis étaient les* ACTES DONT L'OMISSION PEUT NOUS FAIRE « PERDRE NOTRE DROIT ». L'usucapione non c'entra.

(2) BARTOLO: (*l. 2 D. 43, 11 Op. omnia Vol. 2 pag. 78 n. 4*).

TOLO istesso in diversi punti, usarono semplicemente: « *facultas* ».

Però, parallelamente, si continuò a parlare di *facoltà* nel senso generico di *potestà giuridica*, di *diritto* (1); inoltre si dinotarono colla istessa parola *l'autorizzazione a fare alcunchè* conferita ad alcuno (2); i *beni e le ricchezze* (caso frequentissimo) e persino le *facoltà mentali* (3).

Ben presto, per toglier di mezzo ogni confusione, si cominciò a dire di preferenza: « *mera facultas* » (4).

La SCUOLA DEL DIRITTO NATURALE adottò quasi esclusivamente la denominazione di « *res merae facultatis* » forse anche perchè GROZIO aveva escogitato un contrapposto filosofico tra *facoltà* e *attitudine* (5), il quale creava una nuova causa di confusione.

In DE LUCA troviamo anche « *actus facultativi* », secondo il brocardo comunemente accolto: *in facultativis non datur praescriptio.*

Nel diritto moderno si discorre indistintamente di *facoltà*, di *atti facoltativi*, di *atti di mera facoltà*, e, con maggiore evidenza, di *diritti facoltativi.* (MERLIN. *Rép.*

F. S. BIANCHI (loc. cit.) escogitò una distinzione fra le *mere facoltà* ed i *diritti facoltativi.* Di essa noi ragio-

---

(1) Ad es. si dice spesso: *facultas recatandi seu pactum de retrovendendo*: ora, il patto di riscatto non è punto una facoltà in senso tecnico. Analogamente BARTOLO dice (*op. omnia* l. *si quando quis* § *haeres* n. 1 *Infort. 2.ª p. pag. 28*) « *facultas solvendi aliud pro alio transit in singularem successorem* »; come anche: « *facultas solvendi adiecto non tollitur per simplicem renunciationem* » (*Dig. Novi p. 2.ª pag. 113* l. *alud est.* n. 1). E così in infiniti altri casi in cui si parla di *diritti* che non sono punto *facoltativi.*

(2) V. ad es. GIASON DEL MAYNO (*Vol. 3 pag. 30 n. 102*). BALBO (op. citata a nota 4. *Quest. 4* § *4*): *facultas aliud faciendi simpliciter data* ecc. CYRIACO (*Controv. 689 n. 122*): *facultas alicui competens ex verbo: potest, durat donec res est integra.* BARTOLO (*Consilia*): *facultate data iudicandi per verba denotantia* ecc.

(3) V. ad es. CYRIACO (*Controv. 711 n. 17*) « *facultas seu potestas et voluntas seu mens exiguntur ad contractum* ».

(4) BALBUS (*Tr. de Praescrip. Quarta pars quintae principalis*).

(5) GROZIO (*De iure belli ac pacis. lib. I.° cap. I.°* § *4 e seguenti*).

neremo più avanti; avvertiamo sin d'ora però che noi non la accettiamo e che nel corso del nostro lavoro noi ci varremo indifferentemente dell'una e dell'altra denominazione, senza attribuire ad alcuna di esse un significato speciale rispetto alle altre, pur riconoscendo teoricamente preferibile, per quanto diremo più innanzi (§ *8, pag. 31*), quella di: *diritti facoltativi*.



PARTE PRIMA

La categoria delle res merae facultatis in relazione alla prescrizione estintiva.

Il contrapposto tra facoltà e diritto

§ 4. — Nel linguaggio comune *atto facoltativo* significa: *atto che si può fare e che si può non fare*: in questo senso, ogni diritto soggettivo sarebbe una facoltà, per l'assioma che in tesi generale nessuno è obbligato ad esercitare il proprio diritto: « il diritto è tale poichè non è un dovere per colui al quale compete » (1). Quindi, perchè nella tradizione giuridica potesse sorgere il contrapposto tra *diritto soggettivo* e *facoltà* — (BARTOLO diceva: Posse ire per viam non est *jus* sed *quaedam facultas*) (2) — è chiaro che la parola *facoltà* dovette essere intesa in un senso speciale (3).

Orbene: quando si dice che nessuno — in tesi generale —

(1) SIMONCELLI: (*I Negozi Giuridici, Corso di Dir. Civ. tenuto nella Università di Pavia. 1894-95 pag. 33. Disp. litografate*). Così anche F. S. BIANCHI loc. cit.

(2) BARTOLO: (*Comm. alla l. 2 D. 43. 11. Dig. Novi. I.° pag. 161.*)

(3) Qualche giurista invece cadde in errore foggiando definizioni incomplete che, per dire il vero, son contraddette poi dalla loro stessa trattazione. Così MERLIN (*Rép. voce: Droits facultatifs: « on appelle ainsi des droits dont il est libre au proprietaire d'user ou de ne pas user »*). Così disse pure

può essere obbligato ad esercitare il suo diritto soggettivo, si intende dire che non v'è pel titolare del diritto stesso alcuna coazione *diretta* che lo costringa ad esercitarlo; — ma si prescinde dal considerare le coercizioni *indirette*, fra le quali la più notevole vien così posta in evidenza nel trattato dell'ARNDTS: « Chi è investito « di un diritto può valersene a suo bell'agio in tutto « od in parte; *però una troppo lunga inazione trae seco « il più delle volte, la perdita del diritto stesso* » (1): non si è costretti *direttamente* ad esercitare il diritto, ma si è forzati ad esercitarlo per tema di *conseguenze dannose* che dal non averlo esercitato ci deriverebbero.

Ed è in ordine a questa coazione indiretta, che certi diritti (i quali neppur soffrono la coazione indiretta della estinzione in seguito a non uso — prescrizione estintiva (2) —) apparvero, per dir così, *più facoltativi* di quelli che a tale coazione vanno soggetti; essi furono quindi detti *facoltativi* per antonomasia, *diritti facoltativi* in senso tecnico, contrapposti agli altri diritti, i quali restarono *diritti* puri e semplici.

Così, riassumendo, mentre in senso lato ogni facoltà è un diritto ed ogni diritto è facoltativo nell'esercizio, si raggrupparono nella categoria delle *facoltà in senso tecnico*, contrapposta a quella dei *diritti*, tutti quei *diritti cui non è applicabile l'istituto della prescrizione estintiva* (3).

LEDRU-ROLLIN (*Rép. voce; Droit n. 38 e seg. citato da* F. S. BIANCHI); così TAULIER (*Théorie raisonnée du Code Civil. Volume 7 pagina 453. Comm. all'Art. 2232*); l'ENCICLOPEDIA LEGALE del FORAMITI (*Venezia, 1842, Voce. Dir. facoltativi*) e il nostro SCIALOIA (*Comm. Cod. Proc. Civ. Sardo di Mancini Pisanelli e Scialoia. Parte II.ª lib. I.° n. 424. Azioni possessorie*).

(1) ARNDTS (*Trad.* SERAFINI: *Tr. delle Pandette Vol. I.° § 92. 4.ª Ediz.*)

(2) Diciamo sin d'ora che non ci occuperemo dei casi eccezionali e varii di perdita del diritto per *decadenza*, benchè siano stati per lungo tempo erroneamente considerati come altrettante applicazioni del principio della prescrizione estintiva (SAVIGNY, Tr. di dir. Rom. IV.° § 177). V. quanto ad essi SERAFINI (*nota 2 al § 106 di* ARNDTS) pel diritto Romano e MIRABELLI (*della Prescrizione § 203*) pel dir. italiano.

(3) Tra gli innumerevoli esempi, citiamo: DE LUCA (*de Beneficiis. Disc. 97 n. 13*): « *actus facultativi non recipiunt prejudicium a non usu* ».

Evoluzione storica della dottrina delle res merae facultatis.

§ 5. — La teoria degli atti facoltativi sorse colla scuola dei post-glossatori. Essa non trova alcun riscontro nel diritto romano, benchè l'istituto della prescrizione estintiva da BARTOLO in poi sia rimasto sempre — per la sostanza — quale era nelle fonti romane. Ciò trova la sua spiegazione nel fatto che colla categoria delle *res facultatis* non si intesero creare *casi nuovi* di imprescrittibilità, ma si vollero solo raggruppare ed organare in un sistema i casi stati già riconosciuti.

La causa di questo distacco esistente fra il diritto romano puro e la elaborazione che su di esso si svolse più tardi, dai pratici sino a noi, sta in ciò — secondo la bella intuizione di SAVIGNY (1) — che mentre quello considerava la prescrizione in seguito a non uso unicamente come mezzo d'estinzione *delle azioni* (2), i pratici, seguiti dalle scuole giuridiche posteriori, accolsero la teorica «*pericolosa* ed *erronea*» per cui della prescrizione delle azioni si fece

---

GLUCK (*Comm. alle Pandette lib. I.° Trad.* Prof. FERRINI § 15 « *...invece trattandosi di quegli atti che non sono merae facultatis, il nostro diritto si perde per semplice non uso* »); TROPLONG (*Prescrip.* § *112*); LEROUX DE BRETAGNE (*Nouveau Tr. de la Préscrip. I. n.* 124); LAURENT (*Tom. 32 n. 228*).

(1) SAVIGNY: (*Tr. Vol. V.°* § *237 Trad.* SCIALOJA. V. anche Nota a pag. 7) V. anche il passo di MAYNZ riferito a nota 1 pag. 8).

(2) WINDSCHEID - FADDA e BENSA: (*I.°* § *105 p. 425*) « *Secondo il* « *diritto romano invero non si estinguono in generale i diritti, ma bensì in* « *generale le ragioni* (azioni) per la continuazione del loro non uso ». SAVIGNY (*loc. cit. v. anche Vol. IV.°* § *177*) parla addirittura del « *principio* « *giuridico assolutamente falso che tutti i diritti in generale si estinguano* « *per l'ommissione continuata del loro esercizio* » continuando: « *I difensori* « *di questa erronea dottrina sogliono poi trattare* ALCUNI RARI (qui SAVIGNY « non è troppo esatto) CASI *come eccezioni alla loro infondata regola, per* « *designare i quali è stata inventata la espressione tecnica di* RES MERAE « FACULTATIS *che è affatto superflua.* » Altro non aggiunge SAVIGNY circa i diritti facoltativi.

un *mezzo generale di estinzione dei diritti*; teorica che dominò lungamente nella dottrina, tantochè oggi stesso si discute se il diritto positivo italiano l' abbia fatta sua o sia invece ritornato alla più pura concezione romanistica.

Nel diritto romano quando si eran date le norme pel caso speciale in cui, nata *l'azione*, *essa* rimaneva poi non esercitata per un certo lasso di tempo, statuendo la regola (universale per le *azioni*) della prescrittibilità, nessun' altra esigenza scientifica rimaneva da soddisfare. Nel diritto successivo invece, siccome si era foggiato un principio generale nel senso che *tutti i diritti in genere* si estinguono pel non uso, mentre a moltissimi diritti la prescrizione estintiva non è applicabile, sorse la esigenza scientifica DI RACCOGLIERE IN UNA UNICA CATEGORIA APPUNTO TUTTI QUEI CASI IN CUI AL DIRITTO NON È APPLICABILE L' ISTITUTO DELLA PRESCRIZIONE ESTINTIVA. Questi casi furono detti *eccezionali*, invertendo così, di fronte al diritto romano puro, il rapporto di *regola* ed *eccezione*; e per designarli si escogitò la denominazione di *diritti facoltativi* (1). Che tale sia stata — benchè non risulti detto espressamente — la genesi della categoria delle *res facultatis*, è anche, ci pare, dimostrato da ciò, che una vera e sostanziale differenza fra le numerose trattazioni che da BARTOLO in poi si scrissero sull'argomento, non esiste; il che è naturale, trattandosi non di foggiare casi nuovi e nuove specificazioni del principio della imprescrittibilità, ma solo di raccogliere sinteticamente i casi fissati già nella tradizione giuridica. Questo diciamo benchè le nostre conclusioni siano in perfetta contraddizione con quelle cui

(1) Il PUGLIESE (*Pr. acq.* § 56) vede la ragione dell'esser la nozione delle *res facultatis* completamente sconosciuta alla giurisprudenza romana, nella distinzione che il diritto romano faceva tra la prescrizione *estintiva* e la *acquisitiva*. Ma noi ora non siamo forse esclusivamente nel campo della prescrizione *estintiva*? E il problema resta sempre insoluto.

L'osservazione del PUGLIESE non basta quindi a spiegare, restando nei limiti della prescrizione *estintiva*, la esistenza nel diritto comune di quella teorica, ignota al diritto romano.

pervenne il Prof. SALVIOLI dell' Università di Palermo. Riteniamo utile avvertire però che giungemmo a questo risultato — a prima vista ardito — della *unicità sostanziale* delle teoriche sugli atti facoltativi da BARTOLO sino a noi, basandoci specialmente su di una indagine oggettiva, per la quale ci curammo sovratutto di accertare quali casi di imprescrittibilità i vari scrittori realmente enumerino come diritti facoltativi, astenendoci dal seguire gli autori nelle interminabili dispute scolastiche — più di forma che di sostanza — nelle quali essi, e specialmente gli antichi, si smarriscono (1).

Le categorie comunemente accolte di res facultatis.

§ 6. — A scopo di maggior chiarezza e per evitare inutili ripetizioni volta per volta, premettiamo l'enunciazione delle

(1) Il Prof. SALVIOLI, nel suo studio « *Sulla dottrina degli atti meramente* « *facoltativi: Circolo Giuridico. Palermo 1887. Anno 18 fasc. 6* » seguì invece un metodo opposto accontentandosi, ci pare, di un esame troppo superficiale delle molto trattazioni che egli cita e riassume. Egli non vide come spesso dietro dissensioni formali, delle quali troppo si preoccupa, si celi l' identità della sostanza, e giunse quindi a conseguenze per noi inaccettabili. Egli afferma che la categoria delle res facultatis fu escogitata dagli scrittori della *scuola del diritto naturale* (GROZIO, PUFFENDORF ecc.); e che, come la la giurisprudenza del secolo XVII (specialmente in Germania) fu presa dal delirio delle distinzioni e suddistinzioni secondo i varii sistemi filosofici, così la categoria delle res facultatis non fu mai una, ma sempre variò, comprendendo atti diversi, cosicchè si può dire che mai esistette intorno ad essa una dottrina certa e comunemente accettata.

A parte l' attendibilità di questo giudizio sull'opera scientifica della scuola del diritto naturale, osserviamo che se la teorica delle res facultatis fosse veramente, come vuole il SALVIOLI, frutto delle errate tendenze di una determinata scuola giuridica, dovrebbe parere inconcepibile il fatto che essa si sia perpetuata nella tradizione giuridica. Ma assolutamente inesatta poi è l'affermazione che la categoria degli atti facoltativi sia stata creata dalla scuola del diritto naturale: questo errore ci appare strano in SALVIOLI che pure riferisce l'opinione di D'ARGENTRÉ, anteriore alla scuola del diritto naturale e di GRIBNER (*Opuscola Juris Pub. T. 4 sect. 2 § 18 e seg.*) il quale proprio nel punto citato dal Prof. SALVIOLI, enumera gli antichi pratici, da BALDO a CRAVETTA, che trattarono delle RES MERAE FACULTATIS.

varie categorie in cui rientrano i casi di atti facoltativi considerati generalmente dagli scrittori sin dal sorgere della teoria.

A questa ennunciazione ci riferiremo — come a termine di raffronto — per notar le differenze fra le opinioni di varii scrittori.

I. Categoria — LA SERIE INDEFINITA DI ATTI CHE COSTITUISCONO IL DIRITTO GENERALISSIMO DI LIBERTÀ. Così: testare, sposare, passeggiare ecc.

II. — LA SERIE INDEFINITA DI ATTI PER CUI SI ESTRINSECA IL DIRITTO DI PROPRIETÀ: così: fabbricare, scavare sul proprio fondo ecc.

III. — LA SERIE INDEFINITA DI ATTI CHE COSTITUISCONO L'ESERCIZIO DEL DIRITTO DI USO DELLE RES COMMUNES E DELLE RES PUBLICAE: così: camminare per la pubblica via ecc.

A ciascuno degli atti che rientrano in queste tre categorie corrisponde il *diritto di compierlo*. Questo diritto, si dice, non è soggetto alla prescrizione estintiva, è una *facoltà*.

IV. Categoria — È di indole specialissima. Riguarda certi diritti che appaiono inerenti alla essenza di certi contratti dimodochè sino a quando il contratto dura in vita, essi pure debbono necessariamente sussistere. Così, si dice, chi costituisce un pegno ha il diritto di *reluere pignus* pagando, anche trascorsi i trent'anni da che il contratto di pegno fu posto in essere (1).

---

(1) Bisogna tener ben distinto, come invece non fa ad es. il PUGLIESE (*Pr. Acq.* § *56*) questo diritto che dai pratici vien detto *ius offerendi*, dall'*ius offerendi* vero e proprio: il diritto cioè del secondo creditore pignoratizio di pagare il primo creditore subentrando nel credito e nel diritto di pegno di lui (V. ARNDTS-SERAFINI *Vol. 2.* § *388 III. Ediz.*). BARTOLO ad es. dice *facoltà* il primo e *diritto* il secondo (*V. Comm. alla l. 13 pignori rem D. 41. 3. e alla l. cum notissimi* § *4 Cod. lib. 7.39.* V. anche BALBUS *loc. cit. Quaest. 2. N. 1*). Sulla questione se *l'actio pignoraticia directa* sia una *facoltà* cosicchè la prescrizione non abbia inizio che dopo l'estinzione del debito, o sia invece un *diritto* cosicchè la prescrizione debba datare dalla consegna della cosa in pegno, vedi la copiosa bibliografia in ARNDTS-SERAFINI (*I.* § *107 nota 5 E. IV. Ediz*).

Cenno storico (1).

La teoria tradizionale.

§ 7. — La teoria delle res facultatis originò ad occasione della l. 2. D. 43. 11: « *Viam publicam populus non utendo amittere non potest* »; ma nel DIRITTO ROMANO, ripetiamo, la categoria delle *facoltà* è completamente sconosciuta (2). Neppur nella GLOSSA, la quale tuttavia mise in miglior rilievo certi casi di imprescrittibilità, il contrapposto tra

---

(1) Degli autori che ebbimo campo di esaminare solo il SALVIOLI (*V. retro a pag.* 15) tentò una vera storia della teorica. Altri (come il PUGLIESE, GIORGI e F. S. BIANCHI) si limitarono a brevissimi cenni. Eppure questa parte ci sembra importantissima per la retta interpretazione della nostra materia.

Il SALVIOLI, come vedemmo a pag. 15, fece derivare la teorica dalla scuola del diritto naturale. Il GIORGI invece (*Obbl. Vol. VIII.* § *230*) dice che la teorica degli *atti o diritti* facoltativi è dovuta alla SCUOLA FRANCESE che già con D'ARGENTRÈ, DUMOULIN e DUNOD avrebbe preso un *indirizzo diverso* dalla SCUOLA TEDESCA, la quale per contrario avrebbe riassunto la propria dottrina nella formola « *actio nata* », discordando i vari autori della scuola tedesca solo nelle applicazioni, in quanto accettavano alcuni ed altri respingevano la regola: « *toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris* ». Ma questa genesi storica della trattazion delle res facultatis, fondata sulla distinzione tra scuola francese e scuola tedesca, non è più esatta di quella del SALVIOLI. Del PUGLIESE, che cita BARTOLO, diremo in appresso.

(2) GLUCK (*Trad.* FERRINI *lib. I°* § *15*) dice che le DENOMINAZIONI (di *res merae* e *non merae facultatis*) sono ignote al dir. rom. ma che « LA COSA VI È CERTAMENTE AMMESSA ». Ciò non è, crediamo, esatto. Le imprescrittibilità singolarmente prese, è vero, sono sempre le stesse; ma la *categoria sintetica* di esse (*categoria delle res facultatis*), vale a dire la COSA, manca nel dir. rom. Le fonti ora parlano di facoltà in senso di *potestà* (*es. l. 6.* § *1. D. 43 I.* « *facultas noxae dedendae* »; *l. I. D. 13. IV.* « *facultas agendi* »; *l. 9. D. 6. I. De revind.* « *facultas restituendi* »; ora in senso di *ricchezze* (*es. l. 60. D. 23. III; — l. 5.* § *19 D. 25 III°; — l.* 24 *pr. D.* 24 *III; — l. 16 pr. D. 36. 1.*) ma non mai nel senso specifico attribuito in seguito alla denominazione di RES MERAE FACULTATIS.

facoltà e diritto appare (1). Nelle opere dei POST-GLOSSATORI invece la teoria nasce e si completa, giacchè vediamo quà e là contemplati dai varii autori *casi rientranti in tutte e quattro le categorie di atti facoltativi da noi considerate.* Non si trova però una trattazione veramente sistematica. Le maggiori generalizzazioni le troviamo in BARTOLO, che forse pel primo pose la regola: « *facultati nunquam praescribitur* ». (2).

Nei COMMENTARIA e nei CONSILIA posteriori, si continua ad assumere come verità questa regola e ad applicarla alle quattro serie di casi vedute, senza che però alcuno si curi di approfondirne i caratteri essenziali. Merita però una speciale menzione il BALBUS che del suo

---

(1) Lo troviamo solo nelle *additiones* posteriori (per es. *V. Ediz. di Lione del 1576* (*addidit* CONTIUS) *additio alla l. 7. § 2 C. 7. 39*) mentre nulla trovasi nella accursiana.

(2) Ci soffermiamo in modo speciale su BARTOLO, giacchè appunto a proposito della opinione di lui dissentiamo da qualche scrittore. Secondo BARTOLO sono *facultates facti* — e quindi imprescrittibili — i diritti che si esplicano mediante una potestà esercitata sulla COSA PROPRIA o sulla PROPRIA PERSONA. Quando la legge « *permittit quod fiat aliquid* IN ALIENO » nasce *l'jus agendi* e si ha prescrizione estintiva; quando invece essa « *aliquid permittit fiendum ab aliquo* IN SE VEL IN SUO », allora « *non oritur jus agendi* » e non si dà prescrizione estintiva (BARTOLO *l. 1. D. De Condict. ex lege 13. II. op. Om. Vol. 2 p. 78*). Qui son delineate la I. e la II. delle categorie enunciate nel nostro § 6. Quanto alla III. *Vedi Comm. alla l. 2. D. 43. XI.* relativo al « posse ire per viam publicam ». E per la IV. *Vedi l. 7. § 2.* (*cum notissimi*) *C. 7. XXXIX* dove BARTOLO, contrariamente alla glossa Accursiana (*ibidem* e *l. 29 D. 13. VII.*) che si basa sull' autorità di BULGARO, dice imprescrittibile il diritto di *reluere pignus* pagando, perchè « praescriptio est introducta ad extiguendum aliquod ius formatum », mentre quel diritto « est sequela actionis competiturae, quia pignoratitia non competit nisi solvam ». BARTOLO presenta adnnque, benchè frammentariamente, una trattazione com pleta dell' argomento. Inesattamente quindi il PUGLIESE (*Pr. acq. § 56*) ne riferisce l'opinione quando dice che i criteri seguiti da BARTOLO per distinguere le *facoltà* dai *diritti,* son questi: se la legge permette di fare un atto per la *conservazione di un proprio diritto* si ha *facoltà;* se invece essa permette di fare alcunchè per *acquistare un diritto,* l' attuazione del permesso dà vita ad un vero *diritto.* Ben più ampia, come vedemmo, è la trattazione di BARTOLO di quel che ne riferisca il PUGLIESE.

Tr. de praescriptionibus dedicò una parte all'argomento delle *res facultatis,* limitandosi però più che altro a ripetere passi di giuristi antecedenti e specialmente di ANGELO (1).

I GIURISTI ITALIANI DEL SECOLO XVI continuano la tradizione: frammentariamente a proposito delle solite 4 categorie si enuncia la regola della imprescrittibilità degli atti facoltativi (2). Bisogna però tener presente a scanso di equivoci che da questi autori — seguiti poi da altri e sin dal DE LUCA — si introdusse un secondo significato di *actus facultativi,* usato parallelamente all'altro. Le servitù negative sono la negazione, il *rovescio,* come dice il PUGLIESE, di altrettante facoltà spettanti sul proprio fondo al proprietario del fondo servente. Da ciò, con terminologia balorda ed oscura, passando nel campo della *prescrizione acquisitiva* si disse che gli « *actus negativi seu facultativi* » non si usucapiscono (oggi non lo si potrebbe in alcun modo) se non concorrono *la richiesta di chi intende prescrivere, la resistenza di chi è richiesto, la buona fede, la scienza e pazienza di chi possiede la facoltà* (3).

Di questa aberrazione della teoria ci occuperemo nella

(1) BALBUS: V. retro pag. 9 nota 4. Male il SALVIOLI (loc. cit. a pag. 15) collocò questo autore tra i giuristi del secolo XVII e XVIII che seguirono gli scrittori della *Scuola del Diritto Naturale,* mentre questa è ad esso posteriore. Al BALBUS ci riferiamo per la copiosa bibliografia riguardante i post-glossatori.

(2) V. ad es. pel CYRIACO, *Controv. 667 n. 32,* e *624 n. 45;* pel TARTAGNA, *Cons. 70 n. 5;* pel BURSATI *Cons. 330. n. 46* (*Vol. III*). In questo ultimo troviamo una notevole applicazione del concetto di facoltà: « *facultas* « *renunciandi societati, temporis lapsu minime tollitur sicut nec ius divi-* « *sionis rei communis* ». Così infatti, per quel che si riferisce alla prescrittibilità delle azioni *communi dividundo* e *familiae erciscundae* va interpretata la l. 1. C. 7. XL. (V. ad es. WINDSCHEID — *I. § 106 in fine e nota 4* — e ARNDTS-SERAFINI, *I. § 106*) benchè la GLOSSA nella dissensione fra i glossatori che non applicavano la sanzione della prescrittibilità (contenuta nella l. citata per queste due azioni) a coloro che possiedono la cosa comune e quelli che comprendevano anche questo caso dicendo *sempre prescrittibili* le due azioni, desse ragione ai secondi.

(3) Ad es. CYRIACO: *Controv. 667. n. 27; contr. 310 n. 124.* DE-LUCA: *de regal. disc. 135. n. 7.; de beneficiis disc. 58 n. 7; 39. n. 13* ecc. — PUGLIESE (*Prescriz. Acq. § 60*).

II. parte del nostro studio; — ora vogliamo solo rilevare che errò il SALVIOLI, quando, senza scorgere che i due diversi significati della espressione « *actus facultativi* » coesistevano ma non potevano confondersi, affermò che gli scrittori di cui trattiamo vedevano negli *atti facoltativi* solo degli atti *negativi*, pei quali dicevan di ammettere la usucapione dato il concorso dei veduti requisiti.

LA SCUOLA DEL DIRITTO NATURALE presenta sull' argomento nostro una infinita colluvie di opuscoli e di dispute, le quali però non penetrano l'essenza della questione. In generale possiamo dire che tutte e quattro le categorie di atti facoltativi da noi fissate son contemplate da questi scrittori; il che dimostra quello che noi già dicemmo in contradditorio col SALVIOLI (V. retro a pag. 15), che cioè anche in questa abbondantissima produzione giuridica la teorica delle *res facultatis* restò *una nella sostanza* (1). Ad ogni modo è da osservare che — per quanto opini diversamente il SALVIOLI — le dispute scolastiche di questo periodo sugli atti facoltativi, *nessuna influenza diretta ebbero sul diritto italiano e francese moderno* il quale per questo argomento fa capo ai *coutumiers* francesi anteriori alla scuola del diritto naturale, e, primo fra tutti, a

D'ARGENTRÈ, (2) i cui concetti furono ordinati siste-

---

(1) Della scuola del Dir. naturale esaminammo diligentemente le trattazioni di GROZIO (*de Jure belli ac pacis. lib. 2 Cap. 4 § 15*); COCCEJO ENRICO (*Exercitat. Curiosae. Tom. I. Disp. 16 pag. 203 Ediz. Lemgoviae 1722*. Questo autore però nella *Disp. 39 n. 22* si contraddice, considerando atti facoltativi solo certi atti naturali che da questa scuola giuridica vengono specialmente considerati — *ridere, edere* ecc. — SALVIOLI, che cita ambedue questi passi non vide la contraddizione);

LEYSER (*Medilat. ad Pandectas. spec. 362 Vol. 7*);

GRIBNER (*Selecta Opus. Juris Publici. Tom. 4 sect. 4 § 18 e seg.* Questo autore reca una abbondante bibliografia);

G. AD. STRUVIUS (*Syntagma iuris Civilis, Exercit. 43 Tesi 22 § III*); — e infine, per venire al romanista moderno che più direttamente sentì l' influenza della scuola del dir. naturale, GLUCK (*Comm. alle Pandette. Trad. Ferrini. I. § 15*).

(2) D'ARGENTRÉ (*Commentarii in consuetudines Ducatus Britanniae. Art. 266 cap. 8 n. 5; Consultatio 2.ª n. 4 e seg. Ediz. Parigi 1614*). V. per le coutumes l' estratto dello Statuto d'Orléans in POTHIER (*Tr. del possesso Vol. 2 tit. XIV. N. 32*).

maticamente da DUNOD (1). La trattazione di DUNOD, ripetuta alla lettera da MERLIN (2), fu la base della elaborazione avvenuta poi nel diritto moderno.

Sino a questo momento nessun concetto sostanzialmente nuovo venne a mutare la dottrina di BARTOLO. Si continuò a fare una arida enumerazione di casi d'atti facoltativi rientranti nelle quattro categorie, di cui solo le tre prime si presentavano definite sinteticamente.

POTHIER (3) apportò una nuova determinazione: diede una formola generale per i casi singolari che noi dicemmo costituir la IV.ª categoria: secondo lui le facoltà stabilite per contratto si prescrivono, *salvo quelle che derivano dalla natura o dalla essenza del contratto,* le quali sono imprescrittibili, vale a dire *facoltative.* Tali ad es. quella di *reluere pignus* pagando, quella di redimere una rendita perpetua; a differenza p. es. dal diritto di riscatto in una vendita, che invece è solo una clausola *accidentale* e quindi sempre prescrittibile.

In VAZEILLE (4) troviamo alcuni casi di facoltà messi più nettamente in rilievo. Mentre prima parlavasi solo di facoltà derivanti dalla *natura* o dal *diritto pubblico,* VAZEILLE annovera delle facoltà « di un altro ordine » provenienti dalla *legge:* « Le facoltà stabilite dalla lègge e delle quali essa non ha fissato la durata formano un diritto comune fondato per ragioni di interesse generale e quindi sono imprescrittibili ».

Tali, l'azione per apposizione di confini (5) e l'azione

(1) DUNOD (*Tr. des prescriptions. Ed. 1763 da pag. 80 a pag. 91*). Egli distingue le facoltà secondo che derivano DALLA COSA (III categoria) suddividendo queste in facoltà derivanti dalla *natura della cosa* (dir. di uso delle res communes) e facoltà derivanti dalla *destinazione della cosa* (dir. di uso delle res pubblicae); — o dalla PERSONA (I. e II. Categ.) Oltre a ciò, come casi eccezionali, contempla la IV.ª Categoria.

(2) MERLIN: *Répertoire. Voce: Droits Facultatifs.*

(3) POTHIER: *loc. cit., a pag.* 20 *nota 2 e Tr. de la Vente* § *391.*

(4) VAZEILLE: (*Tr. des prescrip.* § *56-60 e 105).*

(5) *l. 6. Cod. de fin. regund: Art 646 c. fr. e 441 C. it.*

per uscire dalla comunione (1); VAZEILLE però non approfondisce oltre questi casi.

TROPLONG (2) tien calcolo di questi due elementi nuovi apportati da POTHIER e da VAZEILLE: Le facoltà ci vengono dalla *natura* o dalla *legge* perchè l'uomo come cittadino e come proprietario possa conseguire il fine suo; — caratteristica *comune* di esse si è quella *di agire non in virtù di un terzo obbligato precedentemente e contro il quale competa quindi una azione, ma di agire esclusivamente mediante un puro fatto* SU DI NOI E SULLE COSE CHE SONO A NOSTRA DISPOSIZIONE (3). In questa regola

(1) *l. 26. D. de Cond. indeb.: Art. 818 C. fr. e 681 C. it.* Già BURSATI aveva contemplato questo caso (*cfr. retro pag.* 19 *nota* 2).

(2) TROPLONG: (*De la Prescrip. Comm. all' Art. 2226 § 112 e seg.*).

(3) Qui TROPLONG non fa che porre meglio in rilievo il principio fissato già esplicitamente da BARTOLO quando diceva che si ha facoltà quando la legge « permittit aliquid fiendum ab aliquo in se vel in suo », e quindi « NON ORITUR IUS AGENDI » (*V. nota 2 a pag.* 18) e ripetuto pure chiarissimamente per es. da HONDEDEI (*Consil. 82. N. 9*), da BURSATUS (*Cons. 87. N. 12. Vol. 4*), da D'ARGENTRÈ (« facultas non parit ius deducibile in iudicio » *Consuetudines etc. art. 366 § 6*) da DUNOD p. 90 (non è vera facoltà quella « qui produit une action et qui peut être deduite en jugement). A torto quindi LAURENT (*Vol. 32 N. 228. 229*) dice che il principio surriferito costituisce una teoria propria di TROPLONG, da LAURENT ripudiata dicendo che seguiva invece D'ARGENTRÈ! Pure in modo incompleto F. S. BIANCHI (*Principii generali sulle leggi § 42*) riferisce l'opinione di D'ARGENTRÈ raffrontandola a quella di TROPLONG. — Avvertasi che dicendosi da questi scrittori che la facoltà è tale perchè non è accompagnata da una azione, non si intende dire, come crede invece il GAUTIER (*v. oltre nota 2 a pag.* 25) che, data la *violazione* della facoltà, *manchi l' azione per farla tutelare*: questa invece esiste sempre; si intende solamente dire che la facoltà trova la sua *naturale esplicazione* senza che a questo fine sia necessario far ricorso — in effetto od in potenza — ad una *azione diretta* contro chicchessia. HONDEDEI (loc. cit.) diceva: « *Verum est facultati non praescribi quando ex facultate* AD EXERCITIUM DEDUCTA *non oritur aliquod ius in iudicio deducibile* » e BURSATUS (*loc. cit.*): « *Nec merae facultati praescribitur nisi ipsa* AD ACTUM DEDUCTA, « *producat seu pariat ius immediate in iudicium deducibile* ». Si prescinde cioè completamente dall' ipotesi della *lesione* apportata alla facoltà e della conseguente riparazione e si considera invece unicamente il diritto nell' atto della naturale e normale esplicazione del suo contenuto.

generale TROPLONG fa rientrare anche i due soli casi di facoltà *concesse dalla legge* che egli, come VAZEILLE, considera: l'azione per delimitazione di confini e quella per uscire dalla comunione, dicendo che esse (si ponga mente a questa argomentazione) *non importano l'assoggettamento dei terzi o delle cose loro,* poichè: « *on ne dépasse pas les limites de son chez soi* »*:* se il terzo è chiamato in causa, lo è solo nel suo istesso interesse affinchè sia posto in grado d'assistere ad una operazione che riguarda lui pure, benchè compiuta per iniziativa di altri; non per assoggettarlo a nuovi vincoli giuridici.

TROPLONG continua notando che le *facoltà convenzionali* invece, esercitandosi col pretendere alcunchè dai terzi o dalle cose loro, e necessitando quindi di *una azione* che loro presti man forte, si estinguono in seguito al non uso salvo tre eccezioni, di cui la più importante si verifica, quando, secondo il concetto messo in luce da POTHIER, le facoltà convenzionali *dipendono dalla natura o dalla essenza del contratto* (es. diritto di redimere una rendita perpetua). Le altre due eccezioni riguardano casi particolarissimi e ce ne occuperemo più innanzi. (§ 15).

***

La trattazione di TROPLONG non è che l'antica teoria di BARTOLO, passata nei giuristi posteriori, sistemata e meglio specificata coll'aggiunta di due casi nuovi (le facoltà nascenti *dalla legge* considerate da VAZEILLE e da TROPLONG) i quali però non sono considerati diversamente dagli altri casi di diritti facoltativi.

In sostanza, si fa consistere la caratteristica essenziale dei diritti facoltativi nell'estrinsecarsi *in se vel in suo.* E se dei diritti *in alieno* vengon detti facoltativi, come il diritto di *reluere pignus*, come l'azion di divisione e di confini, la inconseguenza non viene avvertita; o, se lo è, viene tolta di mezzo con artificii, come vedemmo fare da TROPLONG.

Molti autori nulla di sostanzialmente nuovo recarono nelle loro trattazioni in confronto di quanto disse TROPLONG; così MOURLON, MARCADÉ, BELIME, BIOCHE, DURANTON, DALLOZ, PASTORE, BARATONO, SCOTTI ANTONIO, PACIFICI-MAZZONI, POCHINTESTA (1). Di conformità, pronunciò la Cass. di Napoli nella sentenza 20 Maggio 1869 (*Annali Vol. III. pag. 164*).

Le nuove teorie; — una nuova categoria di facoltà.

§ 7 *bis*. — Le nuove teorie hanno per punto di partenza la trattazione di LEROUX DE BRETAGNE (2) il quale, sviluppando il germe contenuto già nel passo che riferimmo di VAZEILLE — stato invece in certo modo *soffocato* da TROPLONG — pose nettamente in evidenza, crediamo pel primo, la differenza sostanziale che esiste tra le cosidette facoltà *derivanti dalla natura* e quelle cosiddette *derivanti dalla legge*: molti diritti vi sono, oltre i casi (stati già considerati nella dottrina tradizionale, da VAZEILLE e da TROPLONG), dell' azione per confini e di quella per uscire dalla indivisione, i quali sono *imprescrittibili* e quindi *facoltativi* benchè *per ottenere la normale esplicazione del loro contenuto si pretenda, in forza di una azione, alcunchè* DALLE PERSONE DI TERZI O DALLE COSE LORO.

Tale il diritto di rendere comune il muro del vicino,

(1) MOURLON: *Répét. écrites sur le Code Nap. Art. 2232;* MARCADÉ: *Explic. du Code. Prescrip. Comm. Art. 2226;* BELIME: *Tr. de la possess. § VII § 67.* Non riusciamo a comprendere come mai DALLOZ *(Acti. possess. § 199)* e SCOTTI ANTONIO possano contrapporre la trattazione di BELIME a quella di TROPLONG. — BIOCHE: *Tr. des acti. poss. n. 173;* DURANTON: *Vol. 5 n. 588;* DALLOZ: *Des Prescrip. n. 155 e seg;* PASTORE: *Comm. al Cod. Civ. Sardo Art. 2367;* BARATONO: *III. Ediz. Azioni possessorie: Vol. I. § 58 e seg.;* ANTONIO SCOTTI: *Tre questioni possessorie: Archivio Giuridico Vol. 20 pag. 49;* PACIFICI MAZZONI: *Istituz. Vol. 6 § 256 pag. 513.* POCHINTESTA; *Obbligaz. 2. Ediz. § 462.*

(2) LEROUX DE BRETAGNE: *Nouveau Tr. de la prescrip. I § 122 e seg.*

di chiedere la servitù legale di passaggio, di obbligare il vicino a concorrere alla costruzione o riparazione di un muro di cinta quando concorrano i requisiti di legge (1); tale il diritto nella pubblica amministrazione di espropriare un determinato fondo per causa di pubblica utilità ecc. ecc.

Tutti questi diritti per consenso unanime si possono esercitare anche se ne venne trascurato l'esercizio per trent'anni consecutivi: eppure essi contraddicono al principio tradizionale consacrato da TROPLONG e ritenuto sino allora valevole per tutti gli atti facoltativi in genere, per cui il diritto è facoltativo, è imprescrittibile se *si esplica sulla persona o sulle cose del titolare come privato e come cittadino.*

Si riconobbe così che la teoria antica era insufficiente a comprendere in sè *tutti gli atti facoltativi,* giacchè in certo senso erasi scoperta una *nuova categoria;* e bisognò ricorrere a concetti nuovi. Tale necessità fu compresa in seguito anche da LAURENT, GAUTIER, PONCET, SALVIOLI, LEONARDO COVIELLO (2).

Questi autori cercano di dare una nozione comprensiva di tutti gli atti facoltativi, il che si riduce sostanzialmente a tentar di scoprire le *caratteristiche essenziali delle facoltà derivanti dalla legge, nuovamente poste in luce,* in contrapposto a quegli altri diritti che come i primi trovano

---

(1) V. rispettivamente gli Art. 661, 682, 663 Cod. fr.; 571, 592, 559 Cod. ital.

(2) LAURENT: *Vol. 32 n. 229;* GAUTIER: *Revue Critique de Lig. et de Jurisp. Vol. 6 (1877)* « Sens juridique du mot faculté dans l'Art 2232 du C. C. »; PONCET: *stessa Rivista Vol. 9 (1880)* « De la règle que les actes de pure facultè ecc. »; SALVIOLI: *Op. cit. (V. retro pag.* 15) *pag. 9;* COVIELLO LEONARDO: *Riv. Ital. per le Scienze Giuridiche. Fasc. 29-30 (1891)* « della usucapione delle servitù prediali » *nota a pag. 196 sugli atti facoltativi.* »

Solo il PUGLIESE (*Pr. Acq.* § *58 bis*), rilevato il dissenso tra LAURENT e TROPLONG circa l'estensione della categoria, segue quest'ultimo. Ma ci sembra che egli non abbia ben rilevato come LAURENT sulle traccie di LEROUX DE BRETAGNE non contraddica la teorica di Troplong pei casi da questi contemplati in linea generale, ma solo consideri, e legittimamente, ALTRI CASI non considerati prima.

immediata origine nella legge, ma che invece *sono soggetti a prescrizione estintiva.*

A questo proposito abbiamo tre teorie principali:

I. Per LEROUX DE BRETAGNE, LAURENT e LEONARDO COVIELLO, dei diritti concessi direttamente dalla legge *sono facoltativi quelli che hanno la radice loro nell' interesse generale, nella natura dell'uomo ed appartengono a tutti.*

Questa teoria è evidentemente insufficiente perchè accertare che i diritti imprescrittibili hanno la radice loro nell'interesse generale, non basta a spiegarne la imprescrittibilità. Bisogna ricercare caratteristiche più direttamente sostanziali. Inoltre, come ben dice F. S. BIANCHI (1) « se tutti « i diritti che si attengono all' interesse generale dovessero « qualificarsi come semplici facoltà, verrebbe davvero « immensamente esteso il numero di queste, perchè vi si « comprenderebbero non solo i diritti facoltativi, ma moltissimi altri che non sarebbero tali. »

II. Per GAUTIER, dei diritti sanciti dalla legge sono soggetti a prescrizione estintiva, e *non sono quindi facoltativi,* solamente quelli in cui il legislatore si limita *far sortire da un atto emanante dalla volontà umana le conseguenze che vi sono implicitamente contenute.* Cosi ad esempio il diritto di retratto che per l'Art. 747 C. C. Fr. spetta agli ascendenti per le cose da essi state donate al discendente premorto, è prescrivibile perchè qui la legge non crea un diritto di sua volontà, come nel caso, poniamo, delle servitù legali, ma non fa che *interpretare la volontà dell' ascendente donatore, per ispiegarne e consacrarne le conseguenze naturali.*

Il SALVIOLI (2) fa sue integralmente, senza citar la fonte, le conclusioni di GAUTIER accompagnandole però con argomentazioni poco perspicue.

Ma la distinzione di GAUTIER non ci pare accettabile perchè troppo arbitraria e troppo poco determinata.

(1) F. S. BIANCHI: *I.° Pr. gen. sulle leggi* § *42.*

(2) SALVIOLI: *Op. cit. pag. 18.*

III. Secondo PONCET sono *facoltativi* quei diritti concessi dalla legge che sono dalla legge stessa considerati non come diritti principali, per sè stanti, ma *come gli accessorii di una situazione determinata che essa vuol proteggere per tutto il tempo della sua durata ed alla quale quindi essi debbono inerire permanentemente.* Così dicasi ad esempio del diritto ad ottener gli alimenti, che non si prescrive benchè per trent'anni non se ne sia fatto uso; a differenza del diritto di usufrutto del padre su certa parte dei beni lasciati dal figlio premorto (Art. 754 C. fr.) che è accordato una volta tanto ad una persona determinata, senza aver riguardo alla *situazione* in cui essa si trova, cosicchè non si intende punto fare del diritto di usufrutto un accessorio e permanente di tale situazione.

A questa regola PONCET pone una sola eccezione, quella dell'Art. 789 C. fr. (943 C. it.) per cui la facoltà di accettare o rifiutare una eredità si prescrive dopo trent'anni *benchè la qualità di erede*, cui la legge attribuisce quella facoltà, non perisca.

Di questa eccezione diremo in appresso: ora ci basta rilevare che il concetto fondamentale di PONCET è, a parer nostro, esatto.

***

Tale lo stato attuale della dottrina per quel che ce ne fu dato conoscere. Di altre trattazioni che nulla presentano di sostanzialmente notevole sull'argomento nostro, crediamo non sia il caso di occuparci *ex professo* (1).

---

(1) Diamone solo qualche nota fuggevole. Il MIRABELLI *(Tratt. della Prescriz. Napoli 1893 § 112)* definendo gli atti facoltativi pare si arresti a TROPLONG; poi, enumerandoli, considera invece anche casi della nuova categoria, riferentisi però tutti al dir. di proprietà (II categ.); limitazione questa ingiustificata. Il PUGLIESE nel Vol. sulla *Pr. Acq. (§ 55-62)* dà una classificazione delle *res facultatis* che non è affatto sistematica e che è viziata dal

È doveroso però dire qualcosa della opinione, discostantesi dalle altre, di F. S. BIANCHI (1). Egli distingue — ed a questa distinzione egli dà importanza capitale —, tra le FACOLTÀ VERE che definisce per quei: « *poteri* « *conferiti all'uomo nell'ordine sociale dalla legge naturale* « *o dalla legge civile affinchè possa coll'esercizio della pro-* « *pria libertà conseguire i fini che gli sono assegnati come* « *uomo, come cittadino, come proprietario* »; E I DIRITTI FACOLTATIVI, vale a dire quei diritti « *che essendo eser-* « *cibili da una persona contro un' altra, sia poi per ra-* « *gione di una obbligazione personale che vincoli questa a* « *quella, o per ragione del possesso che l'una abbia della* « *cosa su cui all'altra appartenga un diritto reale, ma per* « *la speciale loro natura consistendo nella scelta fra diversi* « *o contrarii modi di agire, debbono reputarsi ugualmente* « *attuati da coloro a cui spettano, sia che li esercitino* « *contro altri, sia che non li esercitino* ».

Dalla esemplificazione che il BIANCHI fa di questo suo principio (che egli stesso però dubita di avere ridotto « con « sufficiente esattezza in una formola di definizione ») si

---

non aver ben distinto la trattazione in relazione alla prescrizione acq. ed alla estintiva *(V. pag. 8 nota 1)*; in tale classificazione non considera la nuova categoria. Nel volume sulla *Pr. Estintiva (§ 37-44)* poi il PUGLIESE dice che riesce impossibile *(?) raccogliere con criterii generali tutte le res facultatis* e si limita ad illustrarne le principali; e fra esse annovera casi della nuova categoria. BORSARI *(Comm. al Cod. Civ. Art. 688 § 1445)* è farraginoso e poco perspicuo. AUBRY ET RAU su ZACHARIAE *(3.ª Ed. Fr. Vol. 2 pag. 118 e seg. p. 201, 364, 527 e Vol. 5 p. 255)* e ROMAGNOSI *(Condotta delle Acque Vol. 3 Parte I lib. 2 § 8; Vol. 2 Parte I. lib. 2 § 8 e 13)* si occupan più che altro di casi particolari; SCIALOJA, RICCI, VITI si limitarono specialmente a trattare degli atti facoltativi a proposito dell'Art. 688 del C. C. ce ne occuperemo nella 2.ª parte del nostro lavoro; TARTUFARI ASSUERO *(Effetti del possesso)* è incomprensibile: raffrontinsi i seguenti passi: *Vol. 2 Capo V Art. 2 (§ 667 e seg.); Art. 3 e Art. 4; Vol. 3 Parte I § 1234, 1235, 1484 e da 1500 a 1514.* Nel DIRITTO AUSTRIACO si ripetono gli antichi esempii, ma e nella legge e nella dottrina, la teorica viene promiscuamente riferita alla pr. estintiva ed alla acquisitiva. Nulla quindi di veramente scientifico. V. ad es. WINIWARTER *sui §§ 1459 e 1481.*

(1) BIANCHI: *Op. cit. § 41.*

vede che egli considera come *diritti facoltativi*, contrapponendoli alle *facoltà*, quei diritti che — posti in luce da da LEROUX DE BRETAGNE, LAURENT ecc. — furono invece da questi annoverati come *altre* delle facoltà.

Ma noi riteniamo inaccettabile questa contrapposizione che fa il BIANCHI: la categoria giuridica delle facoltà venne foggiata in ordine alla prescrizione estintiva; quindi logicamente LEROUX DE BRETAGNE e gli altri riunirono in una stessa categoria due specie di diritti pur diversissimi fra loro, *ma aventi come caratteristica comune la imprescrittibilità*. Il BIANCHI pare non abbia bene rilevata questa, direm così, funzione giuridica della categoria delle facoltà. Da ciò deriva pure il fatto che egli esplicitamente annovera come *diritto facoltativo* il diritto di *riscatto convenzionale nella vendita*, mentre esso (a prescindere dalla decadenza sancita dall'Art. 1518 C. Civ.), deve assolutamente essere considerato come *non facoltativo* perchè sempre prescrittibile, anche se stipulato con patto di perpetuità (1).

Ricercando le differenze tra *facoltà* e *diritti facoltativi* secondo la sua terminologia, il BIANCHI nota che la *ragione della imprescrittibilità* dei *diritti facoltativi* (2) è diversa da quella che vale per le facoltà: « Essendo della essenza « dei diritti facoltativi l'attribuire la facoltà di scelta tra « il fare ed il non fare una cosa, o tra l'esigerla o non « esigerla da altri, talchè può dirsi che le persone alle « quali competono simili diritti ne usino tanto coll'eser- « citarli come col non esercitarli, si *rende naturalmente*

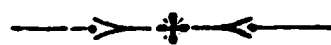
---

(1) Vedi ad es., tra gli antichi in questo senso: BALBUS: *Opera citata Quæst 3*; D'ARGENTRÈ, che nella *Consultatio VI* tratta precisamente dei *pacta redemptiva* in relazione ai dir. facoltativi, combattendo trionfalmente l'opinione di quegli antichi giuristi che negavano la prescrizione. V. POTHIER *(Vente* § *391)* ecc. Vedi pure una nota bibliografica in ARNDTS-SERAFINI *I* § *107 nota 5 g (IV Ediz.)*

(2) BIANCHI però dice solo che i dir. fac. sono « GENERALMENTE *prescrittibili* », mentre per gli altri autori la imprescrittibilità ne è la caratteristica fondamentale, costante.

« *impossibile* considerare la mancanza di quell'esercizio « come una inazione che, continuata per lungo tempo « produca l'effetto di privare di un tale diritto la persona « a cui spetta, quasichè essa vi abbia rinunciato ». Ma questa ci sembra una mera petizione di principio (1). Le teorie già da noi considerate di GAUTIER, PONCET ecc., invece tentano di dare una ragione *specifica* della imprescrittibilità dei diritti di cui trattiamo. Perciò sotto questo riguardo esse sono più complete delle trattazione di F. S. BIANCHI.

(1) Un'altra petizione di principio usa il BIANCHI per ispiegare la imprescrittibilità delle *facoltà vere*, sempre secondo la sua terminologia: « *Le* « *facoltà non sono estinguibili per prescrizione e ciò per la ragione stessa per* « *cui non possono formare oggetto di alienazione o di rinunzia. Avendo esse* « *il loro fondamento nella natura stessa dell'uomo, essendo attinenti alla* « *libertà individuale di lui, è altrettanto impossibile ammettere che egli* « *ne rimanga privato pel lungo tempo durante cui non le abbia esercitate,* « *quanto che se ne spogli mediante alienazione o rinuncia* ». — Ma, e poi, non vi sono forse delle *facoltà vere* secondo il concetto di BIANCHI, che sono, se non cedibili, *rinunciabili,* come ad es. il dir. di fabbricare sul suo?



Trattazione sistematica

I.

Tutte le facoltà sono diritti

§ 8. — Dice il MIRABELLI: « *I diritti facoltativi non sono propriamente diritti, in quanto che vi è difetto della principale condizione di essere esclusivi di chi li esercita e produrre obbligazioni precise salvo quella generale: « neminem laedere »; essi non possono essere materia di prescrizione, sono* FACOLTÀ *inerenti all'uomo, al cittadino, al proprietario, riconosciute dalla legge in un interesse generale* ».

E F. S. BIANCHI conviene, dicendo che le *facoltà*, se possono in largo senso qualificarsi *diritti*, non lo possono però « *nel senso vero e proprio della parola* » perchè non corrisponde loro « *una ragione giuridica esercibile contro una persona determinata o sopra una cosa parimenti determinata* »; esse « *sono soltanto poteri conferiti dalla legge per fare determinati atti* ».

Qui si allude solo alle facoltà delle prime tre categorie (V. retro § 6), tanto dal BIANCHI, il quale aveva appunto fatta la distinzione da noi ripudiata tra *facoltà* e *diritti facoltativi* (V. pag. 28), quanto dal MIRABELLI, il quale però si contraddice, giacchè in altri punti considera come

facoltà il diritto di ottenere la comunione del muro ecc., (V. nota a pag. 27). Ma ad ambedue noi rispondiamo che *tutte le facoltà* — anche quelle delle prime tre categorie — sono *diritti*, intendendo noi per diritto soggettivo « il potere « che l'ordinamento giuridico riconosce alla volontà del- « l'uomo di far valere un interesse anche mediante coerci- « zione (1) ».

Definizione questa che comprende in sè *tutte le facoltà*. Valga inoltre ciò che dice SERAFINI : « *Se ad ogni diritto « corrisponde un dovere (un dovere positivo proprio di una « persona od almeno uno negativo comune a tutti) è però « un errore filologico il dire che ad ogni* IUS *corrisponda « un* OBLIGATIO » (2).

Riteniamo quindi inesatto il dire come fa il GABBA (3) che è *improprio* chiamar *diritti facoltativi le mere facoltà*. Così pure non si deve dar troppo larga portata all' abusato detto di ROYER-COLLARD: « *c' est plus qu' un droit, c' est une faculté* ».

II.

Tutte le facoltà derivano dalla legge

§ 9. — Per evitare confusioni respingiamo poi, con GAUTIER, il contrapposto che dagli scrittori antichi sino per esempio a MIRABELLI, si fece quasi sempre tra *facoltà derivanti dalla legge* e *facoltà derivanti dalla na-*

---

(1) SIMONCELLI: *Corso sui negozii giuridici. Disp. litogr. Pag. 6.*

(2) ARNDTS-SERAFINI: *(I § 21 nota 5 IV Ediz.)* Vedi del resto quanto ai diritti sulla propria persona, il WINDSCHEID *(I § 40 pag. 177)* che li riconosce appunto come *diritti* e li riduce ai seguenti: diritto alla vita, diritto alla integrità corporale, diritto di disporre del proprio corpo senza ostacoli (libertà).

Noi parleremo solo del diritto generalissimo di *libertà*, giacchè questo concetto ci sembra comprenda anche i due primi diritti, da WINDSCHEID considerati separatamente.

(3) GABBA: *Teor. della Retr. delle Leggi II Ediz. I vol. pag. 254 (Parte II § 7).*

tura: anche quelle che vengono annoverate con questa seconda denominazione *esiston solo in quanto la legge le riconosce*: anch'esse sono quindi *facoltà di legge.* La differenza sta solo nel *modo* con cui la legge riconosce le une e le altre. Nell'un caso la legge non contempla singolarmente i diritti facoltativi, ma sancisce un diritto generalissimo il cui contenuto è definito dalla legge solo *negativamente* (dir. di libertà, di proprietà, di uso delle cose pubbliche) ed è l'ipotesi delle cosiddette *facoltà che hanno origine dalla natura.* Nell'altro caso invece la legge accorda diritti facoltativi di tale specie che col solo enunciarli ne determina in modo *positivo* il contenuto (es. diritto di pretendere l'attuazione di una servitù legale) ed è il caso delle cosidette facoltà *di legge.* Ma questa differenza *di modalità* non basta a giustificare la distinzione che combattiamo, la quale farebbe credere a differenze sostanziali.

III.

Il problema della prescrittibilità in relazione ai diritti facoltativi

§ 10. — Se si accetta la concezione romanistica per cui la prescrizione estintiva non è che una *eccezione opponibile alla azione,* si palesa subito, come già dicemmo al § 5, il vizio logico in cui cadde la teorica tradizionale circa gli atti facoltativi e, in generale, circa il problema della prescrittibilità. Sarebbe bastato infatti definire in modo positivo l'istituto *speciale* della prescrizione estintiva — il che si risolve nel determinare il rapporto che corre tra *diritto soggettivo* ed *azione* — per avere così nettamente definita (sia pure in modo negativo) la categoria *generalissima* delle imprescrittibilità, ossia dei *diritti facoltativi.*

Invece nella teorica tradizionale, da Bartolo in poi, si fece l'opposto: si tentò addirittura di definire in *modo positivo* la categoria delle imprescrittibilità creando il concetto di *res merae facultatis,* ma per far ciò non si potè far altro che raggruppare quasi empiricamente i varii casi

di *atti facoltativi* che si presentavano; e solo con LEROUX DE BRETAGNE la enumerazione dei casi fu completa.

Noi, accettando il concetto romanistco, seguiremo il metodo opposto: ritenuto che la prescrizione estintiva è una eccezione che può opporsi contro la *azione* (« *ius persequendi in iudicio quod nobis debeatur* »), cercheremo di delineare anzitutto il rapporto tra il diritto e azione. Con ciò verrà determinata — senza bisogno di definir previamente quali siano i diritti facoltativi — la sfera d'applicazione della prescrizione estintiva nel campo sconfinato i diritti. E questo risultato noi porremo in seguito a raffronto colla categoria storica delle *res facultatis*, per apprezzarne la importanza e la opportunità.

Il rapporto tra diritto soggettivo ed azione in ordine specialmente alla Prescrizione estintiva.

§ 11. — Argomento questo disputatissimo e difficilissimo (1). Sostanzialmente, le principali tra le moltissime definizioni posson raggrupparsi, crediamo, intorno a questi due opposti concetti fondamentali:

I. L' azione è il nuovo diritto che per la violazione di un diritto nasce da questo: l' azione sarebbe cioè un diritto addiettivo, aggiuntivo, rispetto ad un altro, *ma un diritto a sè.*

II. L'azione invece è la potestà immanente al diritto come tale, ed esistente anche prima della violazione, di agire pel caso in cui la violazione del diritto stesso si verifichi (l'azione sarebbe quindi un *elemento del diritto*), — o anche: l'azione « è *il diritto stesso* in quanto tende ad as« soggettarsi la volontà umana » (2).

(1) Vedi in ARNDTS-SERAFINI *(4. Ediz. 1883 I § 96 note 4 e 5)* un cenno riassuntivo della questione. Così pure in WINDSCHEID *(I § 44 n. 5)* e, tra i recentissimi, in BIANCHINI *(Il concetto della prescrizione e la natività delle azioni. Tesi di laurea).*

(2) WINDSCHEID: *(I § 107).*

Colla prima teoria si deve di necessità considerare la *violazione del diritto* come fondamento teorico della azione (così p. es. MAYNZ, SAVIGNY ecc.) (1). Per la seconda la violazione del diritto — pur potendo concorrere — non è elemento ideologicamente essenziale per la concezione teorica dell'*actio,* cosicchè WINDSCHEID potè giungere a dire che « *in ogni caso il momento della violazione del* « *diritto è estraneo al concetto dell'*ACTIO » (2).

Noi crediamo che nè l'una nè l'altra di queste teorie possano accettarsi in modo assoluto. Sia che si definisca l'azione come lo *jus persequendi in iudicio quod nobis de-*

---

(1) MAYNZ: *(I § 136)*; SAVIGNY: *(V § 204, 205 Trad.* SCIALOJA). SAVIGNY realmente non parla dell'azione come di un diritto *addiettivo,* (il che fa invece ad es. il PUCHTA § *81 — Vedi in* ARNDTS - SERAFINI *loc. cit.*); sibbene la considera come una « *modificazione* », un « *aspetto particolare* » che il diritto assume per effetto della lesione. Ma questa ci pare una mera question di parole. Infatti SAVIGNY deve ammettere che la *lesione* modifica il contenuto del diritto così da dare al titolare nuove potestà, di ordine affatto diverso da quelle prima godute, tantochè (SAVIGNY § *205*) mentre prima si trattava ad es. di un diritto assoluto, *erga omnes*, quale il diritto di proprietà, esso per la lesione viene a tramutarsi in un diritto *relativo* (diritto alla riparazione della lesione, tra l'*offeso* e l'*offensore* -- figure giuridiche nuove --) avente « natura simile alle obbligazioni » e costituente « un proprio e NUOVO RAPPORTO GIURIDICO » nel quale viene a trovarsi il titolare del diritto. Ora, perchè invece di ricorrere al concetto antiscientifico di *metamorfosi sostanziali del diritto*, determinate da cause estranee al contenuto normale del diritto stesso, SAVIGNY non considera queste « *nuove potestà* » questo « *nuovo rapporto giuridico* » addirittura come un *nuovo diritto*, *aggiuntivo* al primo, e nascente *dalla lesione?* Non sarebbe un procedimento più logico, più rigoroso? Perciò appunto noi a pag. 34 abbiamo contrapposto solo due teorie, fondendo nella prima quella che con SAVIGNY vorrebbe si parlasse solo di *modificazione* del diritto, mentre poi SAVIGNY stesso dice che il rapporto nascente dalla lesione tra offeso ed offensore chiamasi « *diritto ad agire o anche azione* »! PESCATORE dice invece esplicitamente: « *L'azione è un diritto accessorio ad un altro che sostiene le veci di principale* » *(Sposiz. compend. della Proc. Civ. Ed. 1864 pag. 121).*

(2) WINDSCHEID: *(loc. cit. a pag. 34)*. Della II opinione sono ARNDTS *(Op. cit.* § *96:* « *l'azione è la qualità propria di ciascun diritto di affermarsi contro ogni opposizione della volontà altrui)*; UNGER, GOUDSMIT, BEKKER, BRINZ ecc., *(V. in* ARNDTS-SERAFINI e in BIANCHINI *loc. cit. a pag. 34).*

betur (sottinteso: *ab alio*) — sia che la si concepisca facendo astrazione dall' elemento della tutela giudiziaria, insito nell' *actio* romana, considerandone solo l' elemento fondamentale della *ragione o pretesa*, del « *pretendere* » cioè (qualcosa da un altro) « *come pertinenza giuridica* » (WINDSCHEID) (1) — non si può non rilevare la differenza sostanziale esistente per rispetto al concetto di azione, tra il diritto, ad es. che il proprietario ha di fabbricare sul suo, ed il diritto di colui che esercita una servitù sul fondo altrui; differenza che già vedemmo considerata nella tradizione giuridica da BARTOLO a TROPLONG; ed alla quale dobbiamo far capo per risolver il problema del rapporto fra il diritto e l' azione, in quanto pare a noi — contrariamente alla generalità — che non si possa applicare ad ambi i casi un' unica teoria.

Vediamo in qual modo si concreti la distinzione ora accennata: I diritti soggettivi che scaturiscono dalle norme del diritto oggettivo si posson dividere in due classi:

§ 12. **Categoria** *A*). — « *Diritti i quali, estrinsecandosi* « *sulla persona o sul patrimonio del titolare come privato* « *e come cittadino, nessun peso impongono ai terzi, salvo* « *l' obbligo negativo generalissimo del* NEMINEM LAEDERE » (dir. di libertà; dir. politici, di stato, gran parte dei dir. di famiglia, diritti del proprietario, diritti di uso delle cose pubbliche).

Son diritti questi che ottengono la loro *normale estrinsecazione* senza che ciò avvenga in virtù di una AZIONE, RAGIONE O PRETESA, nulla pretendendosi AB ALIO, giacchè il pretender dai terzi in generale l' osservanza del *neminem laedere* non può considerarsi come una vera *ragione*, una vera *pretesa* diretta contro i terzi e faciente parte indistintamente del contenuto di ciascuno dei nostri diritti.

---

(1) WINDSCHEID: *(I § 43)*: « Die Ansprüche ».

BIANCHINI: (loc. cit. a pag. 34) definisce l' azione come « *la pretesa giuridicamente fondata di una persona verso un' altra* ».

Pretendere infatti l'osservanza del *neminem laedere* non è *pretendere di sottrarre al* PATRIMONIO *od alla* PERSONA *di altri (ab alio) cosa* CHE SIA NELL' ORBITA DEL DIRITTO DI QUESTA PERSONA — nel che starebbe invece, secondo noi, l'essenza vera della PRETESA — ma è solo PRETENDERE CHE ESSA, questa persona, NON ESORBITI DAL PROPRIO DIRITTO. Inoltre, dicendo che alcuno in forza di un suo diritto vanta una *azione*, una *pretesa* verso altri, ci riferiamo necessariamente a persone determinate (la determinazione è data dal contenuto specifico del diritto) le quali debbon dare o far cosa *che è in relazione* al contenuto stesso del diritto. Invece il mero precetto del *neminem laedere* si dirige genericamente *erga omnes*; e la lesione arrecata a questo precetto (l'atto ad es. del vicino che entra nel mio fondo arbitrariamente e lo danneggia) non ha *alcuna relazione preesistente* di *dipendenza dal mio diritto*, come neppure l'offensore ha alcuna *preesistente relazione giuridica* diretta con me.

Concludendo adunque: i diritti della categoria *A* si estrinsecano indipendentemente da ogni *azione, ragione* o *pretesa giuridica,* in quanto non può dirsi tale la mera pretesa a che gli altri rispettino il nostro diritto, a che gli altri *neminem laedant.*

Questo però non significa punto che se alcuno viola il precetto del *neminem laedere*, non vi sia azione per ripristinare il diritto offeso. Una volta verificatasi la lesione del nostro diritto, sorge invece in noi una vera *ragione*, una vera *pretesa;* sorge l'*azione* diretta a *pretendere dal terzo* cose facienti parte *del suo patrimonio* (inteso in senso larghissimo) che servano a ripristinare il nostro diritto, stato menomato. Solo, come dicemmo per questi diritti esser la *lesione* un fatto nuovo, estraneo al contenuto del diritto leso, così dobbiam dire ora che l'azione, la ragione, la pretesa sorta per tal modo in noi e diretta contro l'autore della lesione, è anch'essa ESTRANEA AL CONTENUTO DEL DIRITTO LESO, e deve quindi considerarsi come un diritto ADDIETTIVO, AGGIUNTIVO a questo. (I teoria). È un diritto

nuovo, in sè e per sè, accordato dalla legge quando la violazione del diritto si è verificata, diretto a toglierne gli effetti. E questo diritto è *diverso* da quelli della categoria *A*, alla quale appartiene invece il diritto leso, appunto in quanto il primo si estrinseca nel *pretendere alcunchè dai terzi* (1).

---

(1) Dicendo che il pretender l'osservanza del *neminem laedere* non costituisce per sè solo vera *ragione* o *pretesa*, ma che questa nei diritti della categ. *A* nasce solo *ex novo* dalla lesione del diritto, dissentiamo dal WINDSCHEID il quale dice *(§ 43 loc. cit.)* che il *diritto reale* (quindi anche il diritto di *proprietà*, che è diritto della Categ. *A*), VIEN COSTITUITO DA UNA QUANTITÀ ILLIMITATA DI RAGIONI: « *il titolare del diritto reale ha una ragione contro chiunque (mentre il diritto personale contiene una ragione contro una persona determinata), le ragioni reali mirano a qualche cosa di negativo, ad una ommissione* »; — mirano cioè (V. anche stessa op. § 38) ad *ottenere che neminem laedat il nostro diritto reale.*

Il WINDSCHEID prosegue inoltre affermando che « *anche la ragione reale può acquistare un contenuto positivo; ciò avviene quando essa è violata: per opera della violazione, essa si trasforma in una ragione a che sia fatta cessare la violazione* ».

Noi osserveremo anzitutto che non ci pare esatto discorrere così alla stessa stregua di tutti i *diritti reali* in generale. Infatti non vediamo perchè non debba riconoscersi negli *jura in re aliena*, prescindendo affatto dal momento della *violazione*, un contenuto *positivo* consistente in pretese pari a quelle dal WINDSCHEID riconosciute nei diritti personali. Non consistono forse gli *iura in re aliena*, come le obbligazioni, nel pretendere qualcosa dal patrimonio di un terzo? In secondo luogo, limitandoci a considerare il diritto di proprietà — il quale appunto sotto al rispetto della *ragione*, della *pretesa* differisce dagli *iura in re aliena* — neppure in questo ristretto campo ci pare di poter seguire il concetto di WINDSCHEID: pei motivi esposti nel testo, noi crediamo che nel concetto di *ragione* o *pretesa*, sostanzialmente fissato dallo stesso WINDSCHEID, non rientri la pretesa a che *neminem lædat* il nostro diritto. Riteniamo piuttosto con BRINZ, NEUNER e THON *(Vedi in* WINDSCHEID, *I § 184 nota* 3*)* che *pei diritti reali* — (noi restringiamo sempre l'argomentazione al *diritto di proprietà) — non può parlarsi di una* RAGIONE O PRETESA *prima che non sia effettivamente avvenuta la violazione del diritto.* Questa « violazione effettivamente seguita » non è quindi più a considerarsi — secondo vorrebbe invece WINDSCHEID — come « causa della metamorfosi » delle *ragioni* negative *adversus omnes*, preesistenti, in ragioni positive: essa dà luogo ad una RAGIONE NUOVA, PER SÈ STANTE, POSITIVA E DETERMINATA che costituisce, come dicemmo, un diritto addiettizio, secondo la I opinione da noi riferita a proposito del rapporto tra azione e diritto. Appare in-

***

Pei diritti adunque della categoria *A* accettiamo la prima teoria. Essi esistono a sè, indipendentemente dalla *azione* diretta a ripristinarli in caso di lesione, la quale è un diritto *addiettivo, nuovo e diverso*. Ma allora, se la *prescrizione estintiva* non è, come noi riteniamo, che una eccezione opponibile alla azione, dobbiam concluderne che ai diritti della categ. *A* la prescrizione estintiva non è applicabile (1), potendosene discorrer solo a proposito del *diritto addiettivo* ora accennato. La *violazione* che un

---

fatti già per sè stessa poco rigorosa — (come osservammo a pag. 35 pel SAVIGNY) — tanto più poi trattandosi di requisiti e qualità sostanziali dei diritti, la ipotesi di una *metamorfosi* della *ragione* (concetto accolto invece anche dal PUGLIESE — *Pr. Estintiva* § *38* — quando dice che i diritti da imprescrittibili diventano prescrittibili per effetto della violazione). È scientificamente accettabile la ipotesi di un diritto che muta contenuto e sostanza *pel fatto di un terzo* che agisce non in dipendenza del diritto stesso, quando v' è modo di ritenere che il diritto di fronte all' atto lesivo commesso dal terzo resti *sostanzialmente* tal quale, salvo il perturbamento recato alla ESERCIBILITÀ sua dall' atto lesivo? Perturbamento che, con questo secondo modo di vedere, verrebbe tolto di mezzo non in virtù del diritto leso istesso che muta natura, ma in *virtù di un diritto nuovo e diverso — (il diritto d'agire)* — che la legge accorda *ad hoc* in tale condizion di cose.

(1) Il MIRABELLI dice (§ 112): « L'Art. 710 dispone che possono acqui« starsi col mezzo della prescrizione la *proprietà* e gli altri diritti sulle « cose. Se il diritto di proprietà e gli altri diritti sulle cose, si acquistano « per prescrizione è necessità ritenere che i medesimi si estinguono per « prescrizione, ogni prescrizione acquisitiva supponendo la estintiva (Art. 515 « 529, 666, 668, 943) ». Questa argomentazione riferita al diritto di *proprietà* (che è diritto della categoria *A)* è uno strano errore, tanto più che lo stesso MIRABELLI al § 45 dice: « *Il proprietario usa della sua proprietà come meglio crede,* ANCHE COL NON USARLA ».

Gli articoli dal MIRABELLI citati si riferiscono agli *iura in re aliena* ed alla facoltà di accettare o ripudiare la eredità, ma non al diritto di *proprietà* il quale pel semplice non uso non si perde menomamente. Ecco un' altra prova dei dannosi effetti derivanti del voler argomentare ad ogni costo della pr. acquisitiva alla estintiva e viceversa.

terzo compia dei diritti della categ. *A*, ne toglie o menoma, nel fatto, l'esercizio, ma per ciò solo la essenza di questi non muta nè perisce: essi, in sè e per sè restano imprescrittibili. — Il diritto della categ. *A* perirà solo quando perisca (eventualmente per *prescrizione estintiva;* se ciò sia possibile vedremo al § seguente) quel diritto *nuovo, addiettivo* che la legge accorda per toglier gli effetti della violazione e ripristinare il diritto leso che — come dice PESCATORE — sostiene, in confronto del diritto di azione, le parti di *diritto principale;* ma questo è un effetto *indiretto* che la prescrizione estintiva esercita sul diritto leso: non è che il diritto leso, *esso stesso*, si estingua per prescrizione estintiva: ciò è inammissibile.

Ora, è appunto questa circostanza che ci importa qui affermare; che cioè — concepita la prescrizione estintiva come una eccezione opponibile all' azione — I DIRITTI DELLA CATEGORIA *A*, IN SÈ E PER SÈ CONSIDERATI, È INCONCEPIBILE POSSANO ESTINGUERSI PER PRESCRIZIONE IN SEGUITO A NON USO.

§ 13. **Categoria** *B*): *Diritti il cui contenuto consiste nel pretendere alcunchè — fatto od ommissione* (1) — *dalle persone o dal patrimonio giuridico di alcuno:* tali gli *iura in re aliena;* i diritti d'obbligazione, e, notisi, il diritto addiettivo per ottener la rimozione della lesione, del quale dicemmo sin qui (diritto di *azione).*

In questo campo pure può darsi che avvenga una vio-

(1) È evidente che qui la *ommissione*, consistendo nel volere che Tizio si astenga dall'esercitare *un diritto a lui previamente dalla legge riconosciuto*, è totalmente diversa dall'*ommissione* consistente unicamente *nell' astenersi dal ledere il diritto altrui* della quale discorremmo a proposito della categoria *A:* se in questo 2° caso dicemmo che pretendere la ommissione non costituisce vera *ragione o pretesa, vera azione*, nel caso attuale evidentemente deve invece ritenersi il contrario, giacchè l' ommissione qui importa una *diminuzione del patrimonio* di chi deve compierla, e si connette con una *preesistente relazione giuridica* tra le parti, della quale anzi essa è uno dei possibili *effetti*. Trattasi adunque di una vera *ragione* o *pretesa*.

lazione del diritto la quale non nasca dalla precedente correlazione giuridica creata tra le parti dal diritto istesso della cui lesione si tratta, ma derivi da un atto affatto estraneo a questo, cosicchè più che il diritto speciale in questione essa offenda il principio generale del *neminem laedere:* così p. es. se un *terzo* violentemente impedisca all'obbligato di soddisfare l'obbligazione sua verso di me. In questo caso l'*azione* che mi compete per ovviare alla violazione è di natura identica a quella della Categ. *A*: è un diritto *addiettivo* rispetto al diritto preesistente, e nasce dalla stessa violazione recata al mio diritto.

Questa però, già dicemmo, più che come violazione specifica del diritto in questione, va considerata come lesione *del diritto generalissimo di libertà,* cosicchè si rientra effettivamente nel caso della Categ. *A*.

Ma sotto un altro aspetto si presenta il problema, quando la violazione ha una *correlazione di immediata dipendenza col diritto leso*, consistendo appunto nel *non essersi data esecuzione a ciò che è il contenuto di questo.*

Ed è di tale aspetto che vogliam ora occuparci:

Ora, se nel caso attuale si tratta di diritti il cui contenuto consiste nel *pretender alcunchè dalle persone o dal patrimonio altrui;* — se *azione* è lo *jus in judicio persequendi quod sibi debetur;* se ragione o pretesa è « il pretender qualcosa da un altro come pertinenza giuridica » (Vedi retro pagina 36), dobbiamo conchiudere di necessità che pei diritti della categoria *B* l'*azione* o *ragione* o *pretesa*, non è più qualcosa a sè, non è un diritto addiettivo ad altro assumente veste di diritto principale, e nascente dalla violazione di questo, ma è *il diritto stesso,* o quanto meno *un elemento del contenuto* di questo (II.ª OPINIONE. Vedi pag. 34 § 11); ma ad ogni modo un *elemento essenziale, fondamentale*, il quale, inteso come *ragione* o *pretesa* secondo il concetto di WINDSCHEID, nasce col diritto istesso SENZA CHE SIA NECESSARIO PRESUPPORRE IL CONCETTO DELLA VIOLAZIONE DEL DIRITTO.

Ben dice infatti il SERAFINI (1): « l'opinione che « l'*azione personale* (noi diremo: l'azione *in questa nostra* « *categoria B*) nasca dalla violazione del diritto, pecca « perciò che confonde due momenti distinti e cioè la « possibilità di avere l' azione e l' esercizio effettivo della « azione: l' azione non si esercita di fatto che quando « l' avversario viola il nostro diritto ma la possibilità di « esercitarla c' è appena l' obbligazione è esigibile ». Ma v' ha di più, per dimostrar l' errore di coloro che pur accogliendo quanto alla relazione tra diritto ed azione la II.ª teoria, voglion riconnetter per necessità — contrastando il WINDSCHEID — il concetto di azione a quello di lesione del diritto.

Infatti, se è vero che pei diritti della categoria *B*, estrinsecantisi nel pretendere da Tizio un fatto *positivo*, si potrebbe forse ricorrere, per trovare il fondamento della azione, al concetto seguente: Tizio, *in quanto non adempì alla obbligazione sua nel momento istesso in cui il nostro diritto è divenuto perfetto*, HA VIOLATO *il nostro diritto*, — ciò non potrebbe in alcun modo farsi pei diritti che consistono nel pretender dal patrimonio giuridico dei terzi *una ommissione* (V. nota a pag. 40): supponiamo infatti che Tizio si sia obbligato a non opporsi a che io faccia protender dei rami sul suo fondo: qui l' *azione* sorgerebbe subito in me (tant' è vero che si prescriverebbe se per trent' anni trascurassi di esercitar tale mio diritto) *senza che si possa ricorrere alla idea di una violazione che Tizio abbia recato al mio diritto.*

Pei diritti adunque della categ. *B*, noi accettiamo, quanto al rapporto tra azione e diritto, la 2ª teoria vista nel § 11.

Per essi, dire che compete il *diritto* significa dire che compete l' *azione*; come dire che il diritto *non è perfetto* sino a che non siasi avverato un determinato avvenimento, significa dire che per il momento l' *azione* compete solo *potenzialmente.*

---

(1) SERAFINI: *Note all'*ARNDTS I° *vol. IV. Ed.* § *107 nota 3 b.*

Ma allora, dire che la prescrizione estintiva è una eccezione opponibile all'azione, di cui cagiona la estinzione, significa dire, pei dir. della Categ. *B*, che la prescrizione *estintiva ferisce direttamente* il diritto in un suo elemento essenziale (1).

Dacchè infatti l'azione si è *presentata perfetta*, vale a dire dacchè l'azione è *nata* (giacchè altrimenti: *actioni nondum natae non praescribitur*) (2) decorre il termine

---

(1) In questo caso — essendo l'azione elemento essenziale del diritto — si può quindi senza commettere errore parlar di *prescrizione del diritto*, anzichè di prescrizione dell'*azione*, come però — più correttamente — si dovrebbe sempre dire. Lo stesso SAVIGNY (*vol. V.* § *237 Cap. V*) usa infatti questa locuzione: « quando un *diritto d'azione* perisce, perchè il titolare trascura di « esercitarlo entro un certo lasso di tempo, quella estinzione del diritto si « chiama prescrizione dell'azione. »

E il CHIRONI (*Istituz. di Dir. Civ. I* § *105 pag. 170*):

« *Prescrizione dell'azione vale pure prescrizione del diritto che ne è la causa* » . . . « *l'azione rivela necessariamente il diritto il quale senza essa non è concepibile* ». Il che va inteso però limitatamente, ci pare, a questi diritti della categ. *B*.

(2) UNTERHOLZNER (*Prescriz. II.* § *260*) fa una eccezione a questo principio, accogliendo l'antica regola: *Actioni nondum natae toties praescribitur quoties nativitas eius est in potestate creditoris;* eccezione che, combattuta già da SAVIGNY (*V.* § *240*) è oggi generalmente abbandonata — (V. in WINDSCHEID *I.* § *107 note 5 e 9*. V. anche GIORGI *Obbl. VIII.* § *230*) WINDSCHEID limita l'applicazione di questa regola al solo caso in cui « il « sorgere dell'azione dipende dalla *nuda volontà* dell'avente diritto », al quale proposito così argomenta: « *Una ragione che posso evocare in vita con « una parola si può da me far valere affatto allo stesso modo come una « ragione che mi compete sin d'ora; la mia inazione rispetto ad essa non « può quindi avere un senso diverso da quello che avrebbe la mia inazione « rispetto ad un'azione già nata* ». Ma a noi sembra che questo caso non debba considerarsi come prescrizione di azione *nondum nata:* qui l'azione è nata sin dal primo momento, non potendosi ritenere che la *nuda volontà*, non infrenata da alcun requisito oggettivo, di colui cui compete il diritto, possa costituire una *condizione sospensiva* al perfezionarsi del diritto stesso: questo sorge subito perfetto. Che se invece la *nuda volontà* del creditore fosse infrenata colla imposizione di requisiti oggettivi — come nel caso di un mutuo rimborsabile *a richiesta* (la richiesta costituirebbe appunto il *requisito oggettivo*) — non saremmo più nel caso fatto da WINDSCHEID, ma verremmo a trovarci nel campo della eccezione accolta da UNTERHOLZNER e che dallo

entro il quale il *diritto* deve essere esercitato, pena la perdita di quel mezzo, — l'azione: parte essenziale del diritto stesso — pel quale solamente (sia che l'azione venga spiegata, sia che rimanga in istato potenziale) il diritto può ottenere pratica attuazione. Decorre cioè per *regola generalissima nel campo dei diritti della categ.* B, la *prescrizione estintiva.* E questo perchè la legge, in base a ragioni d'ordine pubblico, interviene ad impedire che la minaccia della effettiva limitazione da apportarsi ad un diritto altrui da un privato, possa durare eterna.

Così ad es. la prescrizione decorre pel diritto di ottenere un risarcimento di danni, e, in generale, di ottenere una prestazione una volta tanto; di ripetere il soluto indebitamente; di agire per indebito arricchimento; di esercitare l'azione di regresso; di chiedere rescissioni e annullamenti, di ottenere rendiconti, di far revocare un atto fatto in frode ai creditori: e — per entrare in un altro

---

stesso WINDSCHEID, e dalle generalità degli scrittori, oggi è ripudiata. In questo caso infatti, ed in altri analoghi, secondo UNTERHOLZNER si dovrebbe far datare il cominciamento della prescrizione dalla stipulazione del mutuo, mentre l'azione nascerebbe solo all'atto in cui il mutuante *richiedesse il rimborso.* Oggi invece si ritiene generalmente — e rettamente secondo noi — che la prescrizione comincerebbe a decorrere solo dal momento della *richiesta del mutuante;* e ciò perchè se alla *nuda volontà* si pongono requisiti oggettivi entriamo nel caso delle *condizioni potestative:* ora il principio che la prescrizione non comincia a decorrere che coll'avverarsi della condizione, vale per tutte le vere condizioni, senza eccezione. (V. SERAFINI *nota 3 al* § *107 di* ARNDTS).

Posto poi che l'azione nasce indipendentemente dal concetto della violazione del diritto, e che la prescrizione decorre pel solo fatto che l'azione è nata, ne deriva che *nei casi in cui è della natura dell'atto giuridico* di non obbligare il debitore all'*immediato adempimento* (ad es. nel mutuo senza determinazione di tempo e senza obbligo di *richiesta speciale* del mutuante) si deve ritenere (V. in SERAFINI *loc. cit.*) che la prescrizione del diritto del mutuante decorra dal momento *in cui fu conchiuso il contratto* e non da *quello in cui ne fu richiesto l'adempimento,* come si dovrebbe invece ritenere se si seguisse « *l'erronea opinione* » secondo l'espressione di GIANTURCO (*Istituzioni di Dir. Civ. it. pag. 356*) di coloro che per la prescrizione delle azioni FANNO RICORSO AL CONCETTO DELLA VIOLAZIONE DEL DIRITTO.

campo — di pretendere la esecuzione dei pesi contenuti negli *iura in re aliena,* compreso il diritto di garanzia ipotecaria su fondi appartenenti non al debitore, ma a terzi (1).

§ 14. Ma alla regola generale pei diritti della categ. *B* bisogna porre una **eccezione.**

---

(1) Per gli *iura in re aliena* il codice italiano, che non risolve nettamente la questione se la pr. estintiva sia diretta contro l'azione o contro il diritto, negli art. 515, 529, 666, 668, 2030 II parte credette di dover sancire espressamente la estinzione del diritto pel decorso del trentennio, mentre a ciò secondo noi provvedeva già (così anche CLAPS, *Foro it.* 1898 *I.* 211) col sancire negli art. 2135 e seg. il principio generalissimo della prescrizione dell'*azione;* tant' è vero che si deve ritener prescrittibile per non uso (dato il concorso degli altri requisiti) il diritto dell'utilista sul fondo enfiteutico, benchè la legge non abbia espressamente annoverato questo mezzo di estinzione come fece per contrario nei succitati art. 515, 529 ecc. per gli altri diritti reali. Invece il Prof. BENSA (Università di Genova; 1896-97 Corso sulla *Prescrizione*) che a pag. 244, 245 tien distinta la prescrizione delle *azioni* dalla prescrizione dei *diritti,* e in ispecie degli *iura in re aliena,* conchiude a pag. 271 per la imprescrittibilità del dir. dell' utilista, « *non essendo la pr. estintiva suscettibile di applicazione analogica* ». Secondo noi, non si tratta di fare una applicazione analogica, ma di applicar il principio generalissimo che l'*azione si prescrive per non uso.* (art. 2135).

Stiamo così col POCHINTESTA (*Tr. dei Privilegi ed Ipoteche,* dal BENSA combattuto a pag. 277), il quale dice che la prescrizone del diritto di ipoteca sui fondi di terzi ha per fondamento nel codice italiano il principio che le azioni si prescrivono in 30 anni, siano esse reali o personali. La identità del *non uso* di cui p. es. al citato art. 515 e della *prescrizione delle azioni* di cui all'art. 2135 (validamente sostenuta dal PUGLIESE -- *Pr. est.* § *14* -- che cita a suffragio della sua opinione LAURENT, DEMOLOMBE, RICCI, e attribuisce il giusto valore alla sent. 1.° Dic. 1882 della Suprema Corte di Roma apparsa sulla LEGGE 1883, 1. 47) ci pare irrefutabile non solo di fronte al testo della legge, ma anche dal punto di vista teorico. V'è però chi (V. BIANCHINI op. cit. a pag. 34) in un perfetto sistema di diritto vorrebbe distinto il *non uso* (in cui, perchè si verifichi la estinzione del diritto, basta la trentennale *inerzia passiva* del titolare), dalla *prescrizione* (per la quale, si dice, alla inerzia del titolare deve aggiungersi la *violazione* del diritto che determina la nascita dell'azione). Ma una differenza di modalità non potrebbe mai distruggere la identità sostanziale dei due fenomeni. In secondo luogo, la nascita dell' azione in un diritto della categ. *B* è necessariamente dipendente dal concetto di violazione del dir.? Vedi retro § 11 e 13 pag. 35 e 41.

Qui soccorre l'insegnamento di PONCET:

Quando la legge non accorda un diritto ad alcuno una volta tanto, ma glielo accorda in quanto la condizion di cose onde il diritto originò, continui; e lo considera come un accessorio necessario di questa condizion di cose, la legge, se da un lato vuole che cessato lo stato di fatto, cessi il diritto, dall' altro vuole che *sinchè dura lo stato di fatto duri il diritto anche se da più di trent'anni questo non sia stato esercitato* (1).

Tali i casi considerati da LEROUX DE BRETAGNE: il diritto di chiedere una servitù legale, di ottener la comunion del muro ecc: in generale, tutti i diritti dalla legge concessi al proprietario come tale ed *estrinsecantisi sulla cosa altrui.* Tali le azioni *finium regundorum, familiae erciscundae, communi dividundo* da TROPLONG annoverate erroneamente tra i diritti da noi contemplati come CATEGORIA *A*: In questi casi infatti — checchè ne dica TROPLONG — si pretende sempre un *fatto da un terzo:* l'intervento, l'assistenza sua alla divisione, alla apposizione dei termini, cosicchè anch'esso debba poi ritenersi obbligato; — e d'altra parte non basta per ispiegarne la imprescrittibilità, addurre, come fa il POCHINTESTA, che ad es. la comunione « *costituisce un incaglio al libero esercizio del diritto di proprietà, ed è facile occasione di perniciose discordie.* » (2).

---

(1) È da notarsi la coincidenza che anche i dir. della categ. *A* sono accordati per tutelare permanentemente uno stato di cose permanente e cessano col cessare di questo.

(2) F. S. BIANCHI (*Princ. gen. sulle leggi* § *42 pag 155*) dimostra che in questi casi si viene a chiedere ai terzi l'adempimento di vere obbligazioni, e chiama *ingegnoso ripiego* il mezzo con cui TROPLONG fece entrar nella categoria generale i due casi in questone. (V. *retro a pag.* 23).

La imprescrittibilità delle tre azioni ora accennata fu ancora una volta ribadita dalla sent. 23 Ottobre 1897 Zompi-Filippi, Cass. Napoli (*Foro it.* 1898 *col. 95*) la quale tratta anche della relazione tra l'azione *finium regundorum* e la *rivendicatoria:* a questo proposito noi facciam pieno plauso ai concetti svolti da FERDINANDO BIANCHI nella sua nota sul *Foro It. 1894 col. 721.*

Tale il diritto di fare espropriazioni per causa di pubblica utilità comprese le nuovissime forme delle condutture di energia elettriche, dei fili telefonici ecc.; il diritto di chieder la separazione dei patrimonii, il diritto del creditore di surrogarsi nei diritti del debitore (1), l'azione di reclamo e di contestazione di stato, il diritto di far gli atti conservativi — estrinsecantisi mediante azione contro i terzi — del nostro diritto (2), il diritto agli alimenti; certi diritti di famiglia, come ad es. il diritto del coniuge a che l'altro si presti alla coabitazione; — e in generale, tutti quei numerosissimi diritti, diremo così, *accessorii, secondari,* con cui la legge completa la figura degli istituti giuridici da essa creati, come ad es. i diritti sanciti dagli articoli 488 e 489 C. C. in favore dell'usufruttuario e il dir. dell'utilista di redimere il fondo enfiteutico (art. 1564). Finchè dura l'usufrutto, e l'enfiteusi essi competono al titolare ancorchè per trenta anni non ne abbia usato: così dicasi del diritto di garanzia ipotecaria su fondi del *debitore* (art. 2030 I[a] parte c. c.) del diritto di pegno: sinchè dura il debito dura il diritto d'ipoteca e il pegno.

Tale infine anche il DIRITTO ADDIETTIVO *ai dir. della categ. A, consistente nella potestà di rimuovere la violazione permanente recata da un terzo ad un diritto di quella categoria*: così dicasi ad es. per l'azione revindicatoria e per la negatoria quando la lesione affetti il nostro dir. di proprietà: io posso ad es., rivendicare il mio fondo anche se trascurai di esercitare questa azione per più di trent'anni: queste azioni sono cioè *imprescrittibili.*

---

(1) Un caso di azione surrogatoria è il diritto del creditore pignoratizio posteriore di subentrar nel posto del creditore antecedente, soddisfacendo il di costui credito: nel diritto moderno quindi il caso dell'*jus offerendi* vero e proprio è risolto diversamente che nel diritto comune. BARTOLO diceva infatti (*V. retro § 6 nota a pag. 16*), che questo diritto *competit per modum iuris,* e non *per modum facultatis.* Invece l'art. 1253 del Cod. Civ. fa sì che anche al caso attuale si debba applicare l'argomentazione di PONCET.

(2) BARTOLO aveva rilevato questo caso, ma l'opinione sua era rimasta, come dice BALBO, una *singularis opinio* (V. retro § 7 pag. 18 n. 2).

Potrebbe però darsi che nel frattempo alcuno abbia *usucapito* contro di me proprietario, cosicchè mi ritorni impossibile esperimentare l' azione rivendicatoria o negatoria. Si potrebbe dire che in questo caso la mia azione rivendicatoria si sia *estinta per prescrizione estintiva?*

No certo: la azione rivendicatoria non muta la sua essenza pel fatto del terzo: essa resta quale era, e cioè *imprescrittibile.* Essa, è vero, pel fatto del terzo perde ogni efficacia, essa *perisce,* ma ciò avviene per un fenomeno affatto estraneo al campo della *prescrizione estintiva:* quando la violazione che il terzo reca al mio diritto di proprietà è circondata da tali requisiti di modalità e di tempo che la legge la consolida in *un diritto nuovo e potior,* l'azione mia rivendicatoria perisce *per impero di una disposizione di legge stabilita ad hoc* (contenuta implicitamente appunto nelle disposizioni di legge per le quali una determinata violazione del dir. altrui può consolidarsi in un dir. più forte del diritto leso), ma non perchè si applichi l' istituto della pre scrizione *estintiva* (1).

---

(1) Non è una distinzione oziosa questa, perchè se si ammettesse che la azione rivendicatoria perisce per *prescrizione estintiva,* siccome la prescrizione estintiva, una volta iniziata, procederebbe per conto suo, indipendentemente cioè dal corso della prescrizione acquisitiva in chi violò il diritto, potrebbe darsi che la prima arrivasse a compirsi e non la seconda: si avrebbe in tal caso un proprietario che non può cacciare dal fondo il semplice possessore, non divenuto ancora, per usucapione, proprietario. — SAVIGNY. (*Trad.* SCIALOJA *Vol. 5* § *239*) seguito da SERAFINI (note all'ARNDTS § 107 nota 4) dice che « la *prescrizione* (*estintiva*) *della rivendicazione e delle altre azioni* « *di simil natura comincia col possesso che altri ha acquistato senza volontà* « *dell' avente diritto. Se dunque il proprietario di una cosa mobile la perde* « *in un luogo remoto, ed essa vi rimane per parecchi anni inosservata, non* « *si può parlare di prescrizione dell'azione: solamente quando un altro trova* « *la cosa e ne prende possesso, esiste offesa alla proprietà e con essa anche* « *un'azione e la possibilità di trascurar l'esercizio di questa. Che la cosa* « *sia richiesta al possessore e rifiutata da questo, è tanto poco necessario* « *al principiare della prescrizione, quanto che il proprietario conosca l'ap-* « *prensione del possesso. Non è necessario per far luogo a questa prescrizione* « *dell'azione che l'avversario possieda a titolo di proprietà, sicchè non possa* « *cominciare la prescrizione della reivindicatio contro il conduttore, il com-*

Nell' istesso modo per noi è imprescrittibile l' azione per ottenere la restituzione di una cosa data in pegno od

« *modatario, il creditore pignoratizio; di fatto, poichè la rivendicazione può* « *intentarsi contro qualunque persona non v' è ragione alcuna per impedir* « *loro di opporre la prescrizione. Ma la parte vera di questa erronea affer-* « *mazione sta in ciò che certamente una prescrizione dell' azione non può in-* « *cominciare finchè il conduttore possiede in nome del proprietario e quindi* « *ne riconosce in qualche modo il diritto* ».

Cioè da SAVIGNY non si esige neppure che il possesso, da cui comincia a datare la prescrizione estintiva, sia un vero e proprio possesso *ad usucapionem.* Supponiamo invece che lo sia, per far l' ipotesi più sfavorevole a noi: siccome il fondamento della prescrizione estintiva sta nell'avere il titolare trascurato l'esercizio del diritto, una volta fissato il punto di partenza di questa *trascuranza* — e lo si supponga fissato nel momento in cui Tizio abbia iniziato il possesso *ad usucapionem* sulla casa mia — la prescrizione estintiva compie il suo corso trentennale; ed in ciò non potrebbe esser turbata dal fatto che ad es. a Tizio nel possesso della cosa succeda altra persona che non possa invocare la continuazione del possesso. Ma questo passaggio *impedirebbe il perfezionarsi di una usucapione contemporanea alla* PRESCRIZIONE ESTINTIVA, e saremmo così nella ipotesi fatta più su di un diritto di proprietà senza titolare e di un possesso ancora illegale e tuttavia intangibile. — Per di più, in qual modo si può spiegare la differenza capitale, posta da SAVIGNY rispetto alla decorrenza della prescrizione estintiva, tra il caso in cui, smarrita la cosa, interviene il fatto *accidentale* di un terzo che la trova e vien così a possederla, e quello in cui questo secondo fatto non si verifica? — E analogamente si argomenta per l'azione negatoria. — Così si risponde anche al MIRABELLI (§ 120) il quale esige, perchè si estingua in seguito a prescrizione l' azione di rivendicazione, la coincidenza di due fatti: « Dopo la violazione il proprietario non usi del diritto « di agire, ed il possessore della cosa e del diritto sopra di essa ne « acquisti la proprietà ». E continua: « L' uno perde, l'altro acquista « il diritto; la prescrizione perchè si verifichi deve essere nello stesso tempo « estintiva da un lato ed acquisitiva dall' altro. La prescrizione acquisitiva, « che si opera mediante il legittimo possesso accade per decorso di trenta « o dieci anni, e siccome essa è prevalente all' estintiva, così quando l'acquisitiva si è verificata pel decorso di dieci anni, anche l' estintiva è ridotta « allo stesso termine ». Quest'ultimo nuovissimo risultato di una prescrizione estintiva *decennale* in diritto italiano (V. in proposito CLAPS, *Nota nel Foro it.* 1898 *I. col* 215) basterebbe a rendere inaccettabile questa costruzione; come del resto basterebbe l'accennare che SAVIGNY è dalla sua teoria condotto nelle ultime righe surriferite a trovare nel caso del conduttore ecc. un ostacolo alla prescrizione ESTINTIVA, nella mancanza *dell'animo rei sibi habendae,* concetto questo proprio della prescrione ACQUISITIVA!

in anticresi: si tratta, nel diritto nostro, di una vera e propria *rivendicazione* (1).

In tutti questi casi, noi dicemmo, non si applica la

Non è forse meno artificioso e più logico ammettere da un lato la imprescrittibilità dell'azione rivendicatoria, osservando dall'altro che in certi casi (istituto della usucapione) dopo trascorsi 10 o 30 anni, la legge riconosce dei diritti nuovi che quella azione contraddicono e son dalla legge voluti appunto *potiores* in suo confronto? Perchè volere rintracciar a forza una correlazione sostanziale diretta fra la prescrizione estintiva — che non si dà per la revindicatoria — e la usucapione e vedere in questa *correlazione* fra i due istituti la causa dell'estinzione del diritto, mentre questo perisce per effetto unicamente di una specie di *espropriazione* che la legge fa?

WINDSCHEID (*I.* § 112 *nota* 2) ripetuto da SERAFINI (note su ARNDTS 4.ª *Ediz.* § 111. *nota* 2) ammette la prescrizione estintiva dell'azione rivendicatoria, ma è forzato ad ammettere una strana « *caratteristica* » di questa azione una volta prescritta: « se la cosa viene in possesso di un altro che non « è il successore giuridico di colui che ha compiuta la prescrizione contro « tale azione, il proprietario può ridomandar la cosa come se non fosse de« corsa contro di lui prescrizione alcuna ». Si avrebbe cioè una prescrizione di una efficienza affatto limitata, veramente « caratteristica ». Si può ripetere quello che dicemmo più su pel MIRABELLI: in simili vere *anomalie* di rapporti sta la riprova della artificiosità di queste costruzioni, derivanti dall'ammettere la prescrizione estintiva per le azioni rivendicatoria e negatoria; — e, in generale, dal volere ad ogni costo argomentare dalla prescrizione acq. alla estintiva e viceversa. — Sono per la imprescrittibilità delle azioni rivendicatoria e negatoria, oltre gli altri, ZACHARIAE con MASSÈ et VERGÈ (*Vol. V.* § *856 Ed. Napoli 1862*); LAURENT (*Vol 32* § *367*); PACIFICI-MAZZONI (*Istituz. di Div Civ. Vol. VI.* § *256 p. 514*) e PUGLIESE (*Pr. Ist.* § *145 e 146*) il quale rileva acutamente l'assurdità della teoria avversa (V. ivi alcuni riferimenti di giurisprudenza).

Contrario invece, ma tutt'altro che convincente è TARTUFARI A. (*Effetti del possesso III. vol. 149 e seg.*

(1) Invece MASSÈ e VERGÈ su ZACHARIAE (*Vol. V.* § *781 nota 3 e 784 nota 2*) e altri, pure ammettendo la imprescrittibilità dell'azione rivendicatoria, dicono che dal momento in cui un debito fu estinto decorre la prescrizione del diritto del proprietario a riaver la cosa data in pegno od un anticresi (il che varrebbe — notisi — per tutti i casi di possesso in nome altrui). Ora se in diritto romano questa decisione è giusta (V. in WINDSCHEID *I.* § *107 nota 10 e* SERAFINI *I.* § *107 nota 5 all'*ARNDTS) giacchè trattavasi in ciascun caso di *speciali azioni, diverse dalla revindicatoria* la quale sussisteva ben distinta da esse, non vale pel diritto nostro in cui — data la teorica della unicità dell'azione — è sempre la revindicatoria, ed essa sola, che viene in campo.

prescrizione estintiva, Ma, dal punto di vista teoretico, non può dirsi che si tratti di una vera e propria eccezione al principio generalissimo della prescrizione delle azioni: troppo reciso è l'art. 2135. Si può ritenere che la legge, avendo riguardo ad una condizione duratura di cose, accordi non un'azione unica, ma *altrettante azioni, altrettanti diritti,* identici fra loro, quanti sono gli istanti per cui duri quella determinata condizione di cose; — coll'avvertenza che, subordinando la legge a questa condizione di cose la vita delle singole azioni, cessata quella, vengono a perire le *azioni in corso,* per le quali cioè non sia ancor spirato il trentennio. È il concetto adombrato da WINDSCHEID (*I.* § *106, pag. 438*) quando dice che l'azione di divisione non può addursi come eccezione al principio della prescrittibilità delle azioni, perchè « *questa ragione rinasce ad ogni momento della comunione* ». Questo non impedisce però che, praticamente, considerata questa serie indefinita di azioni identiche come un tutto unico, un'unica azione (*l'azione communi dividundo* ecc.) si possa conchiudere non esser a questa applicabile — CASO ECCEZIONALE — l'istituto della prescrizione estintiva.

§ 15. — Dicemmo della eccezione alla regola generale della prescrittibilità pei diritti della categoria *B*, secondo il concetto di PONCET. Ora dobbiam chiederci: esiste alcuna **eccezione alla eccezione**?

Una sola eccezione si dà, secondo PONCET, al principio che regola i diritti concessi dalla legge come accessorii di uno stato di fatto che la legge stessa vuol tutelare in tutta la sua durata:

« *La facoltà di accettare o ripudiare un'eredità legit-*
« *tima o testamentaria si prescrive in 30 anni* (Art. 789
« C. fr. 943 C. it.) *benchè la qualità di erede cui la legge*
« *attacca quella facoltà, non perisca* ».

Ma noi non crediamo che questa costituisca una eccezione: benchè osti la dizione dell'articolo, noi riteniamo che in questo caso *non si tratti di vera prescrizione estin-*

tiva (1). La regola posta da Poncet non ammette quindi a nostro avviso, eccezione veruna.

---

(1) L'art. 789 del Cod. franc. dice: « *La facoltà di accettare o rinunziare* « *ad una eredità si prescrive col decorso del tempo richiesto per la più lunga* « *prescrizione dei diritti sui beni immobiliari* »; e l'art. 943 del Cod. ital.: « *La* « *facoltà di* ACCETTARE *un'eredità non si* PRESCRIVE *che nel decorso di trent' anni.* »

Convinti dalla trattazione di Filomusi Guelfi (*Delle success. nel dir. Civ. it.* § *5 e 6*) riteniamo, come già avevano affermato Mattei, Melucci, Lomonaco e Grossi (V. in Filomusi) che il diritto italiano non si sia scostato dal diritto francese quanto al principio per cui la qualità di erede, la proprietà ed il possesso dei beni ereditarii, si acquistano IPSO IURE colla semplice *delazione ereditaria*, senza che, com'era invece richiesto nel diritto romano, sia necessaria la *aditio*.

Ne deriva che anche nell'art. 943 del Cod. it., come nell'art. 789 del Cod. fr. ciò che importa, ciò cui propriamente si riferisce il termine di trent' anni, non sia il fatto — superfluo — della *accettazione* della eredità (*aditio*), ma sia invece la facoltà spettante all'erede di *rinunciare alla eredità*. A chi GIÀ È DIVENUTO EREDE senza bisogno di un atto speciale di accettazione, in forza della mera *delazione ereditaria*, la legge, (in base al principio che un trattamento di favore non può essere imposto obbligatoriamente) deve pur riconoscere la *facoltà di rinunciare*. Ed a questo *diritto di rinuncia* il quale si esplica *senza nulla imporre ai terzi mediante azione* ed è quindi un diritto della categ. *A*, pei principii generali veduti non può in alcun modo applicarsi l' istituto della *prescrizione estintiva*. Perciò quando la legge interviene per ragioni d'ordine pubblico a stabilire che tale diritto di rinuncia perisce *se sian trascorsi 30 anni*, non fa che sancire uno di quei « *cas isolés que l'on ne saurait réunir sous une même dénomination* » (Savigny 4.° § *177*) che si dicon *decadenze*; — o quanto meno — se non si ritenesse concorrano tutti i requisiti delle decadenze, una di quelle *conditiones legis* (consistente in un *termine* di 30 anni) colle quali la legge delimita sin dalla origine la portata di un diritto. Ma non è a parlarsi di *prescrizione estintiva*.

Se si ritenesse invece con Precerutti, Gabba, Paoli, Losana, Bellavite, Pacifici Mazzoni e Polacco (V. in Filomusi) e col Pugliese (*pr. est.* § *152*) che nel diritto italiano a differenza del francese, la qualità di erede, e, quindi, la proprietà dei beni ereditarii, si acquista solo colla *adizione*, colla *accettazione* di cui nell' art. 943, si tratterebbe di vera *prescrizione*; ma allora in luogo di avere un caso di prescrizione *eccezionale* nel senso indicato da Poncet, si avrebbe l'applicazione della regola generale! Il diritto infatti che in un dato momento sorgerebbe in noi di *diventare erede mediante l'accettazione*, sarebbe un diritto accordato dalla legge *una volta tanto*, ed *esplicantesi all'infuori di noi e del nostro patrimonio attuale, mediante un'azione*; sarebbe cioè un diritto della categ. *B*), il quale regolarissimamente e non *eccezionalmente*, come invece ritiene Poncet, si prescriverebbe.

§ 16. — **Le cosiddette facoltà convenzionali.**

Nella dottrina si trattò sempre a parte delle *facoltà convenzionali*, ossia di quei diritti *in se vel in suo* che alcuno concede altrui per atto tra vivi o per *disposizione di ultima volontà* (impropriamente si discorre quindi dagli autori semplicemente di facoltà *convenzionali*); di quei diritti cioè che non sono concessi direttamente dalla legge data l'esistenza di un certo stato di fatto, ma che son posti in essere dalla volontà umana e nella legge trovano fondamento solo *indirettamente*, in quanto la volontà umana può spaziare solo nei limiti dalla legge fissati.

Gli autori parlano delle « *facoltà convenzionali* » contrapponendole alle vere facoltà, e dicendo che quelle, al contrario di queste, sono prescrittibili.

Ce lo dice ad es. DUNOD (anteriore al Cod. francese) quando sull' autorità di BALBO, afferma (pag. 89); « *s'il est question de se porter héritier,* « *quoique il soit d'abord libre de le faire ou de ne pas le faire, l'on en perd* « *le droit par la prescription, parce que l'on avoit un droit formé et nouveau* « *et une action pour adire l'hérédité* » V. anche STRIKIUS (*Dissertat. Jur. Vol. VII. Disp. 26).*

Così si argomenterebbe pure se si dovesse accogliere il temperamento di CHIRONI, per cui si vuole che colla delazione ereditaria la qualità di erede passi solo presuntivamente, in attesa che la volontà del chiamato a succedere intervenga a confermare o tor di mezzo tale presunzione.

E qui non si potrebbe argomentar come PONCET: « *benchè la qualità di erede non perisca ecc.* » giacchè appunto siamo nell' ipotesi contraria alla teorica della delazione ereditaria vigente nel diritto francese; siamo nell' ipotesi di PRECERUTTI, GABBA ecc. che *non si sia di già eredi*, ma si possa divenir tale solo mediante l'esercizio di quel diritto di accettazione della cui prescrittibilità si discorre.

Per dire il vero, contro la teoria di FILOMUSI-GUELFI — (che noi però persistiamo nell' accettare) — cui basta la mera *delazione ereditaria*, stanno a parer nostro questi due altri argomenti: l'essersi parlato di *prescrizione* nell'art. 943, mentre come vedemmo si potrebbe parlare di vera *prescrizione* solo se si ammettesse la teoria che esige la *aditio*; e l'essersi in questo istesso articolo conservato dell'articolo 789 C. fr. proprio solamente quella parte che importa per la teoria della *aditio*, ma che è indifferente per la teoria di FILOMUSI e cioè l' accenno all' *accettazione*, mentre si ommise la parte *sostanziale*, per FILOMUSI l'accenno cioè alla *rinuncia*.

Esaminiamo l' argomento alla stregua dei concetti già posti: Le facoltà convenzionali son tutte diritti esplicantisi *all'infuori della persona e del patrimonio del titolare*; essi appartengono alla categ. *B*), e sono, quindi, per regola generale, prescrittibili.

Ciò è indubbio quando questi diritti si esauriscono in un atto da compiersi una volta tanto: ma sorge il quesito: *può il privato creare in alcuno diritti corrispondenti alla eccezione che vedemmo doversi fare nella eategoria* B) *secondo il concetto di* PONCET?

No: l' istituto della prescrizione estintiva è di ordine pubblico, quindi è principio generalissimo quello per cui tutti i diritti esplicantisi per mezzo di un'azione debbono prescriversi: *solamente la legge*, per altri interessi sociali, può creare condizioni di cose che vanno contro al principio per il quale un diritto il cui contenuto si eserciti all' infuori del patrimonio del titolare si deve estinguere se non viene esercitato in un certo lasso di tempo. Il privato può subordinare all'avverarsi di certe condizioni il sorger dell'azione che egli crea in altri, ma gli è impossibile *farne l'accessorio di un determinato stato di fatto cosicchè a questo sempre si accompagni e ne sia possibile l'esercizio anche dopo trascorsi 30 anni dal momento in cui nacque, purchè lo stato di fatto perduri.*

E ciò perchè, se così non fosse, si potrebbe ogni volta — data una speciale dizione nell' atto costitutivo del diritto (1) — porre in essere validamente una *rinuncia preventiva* al beneficio della prescrizione estintiva, il che per

---

(1) Ad es.: « Ti concedo la tal servitù cosicchè resti un accessorio permanente del tuo diritto di proprietà. »

All'avviso nostro contrasterebbe la sentenza 8 Marzo 1887 (*La Legge* 1887 II.ª p. causa Durini) della Cass. Torinese la quale afferma non potere la prescrizione estintiva limitare « *l'esercizio di una facoltà creata senza limiti dalla volontà « delle parti* ». Questa, ben nota il PUGLIESE (*Pr. Estintiva n. 41*) è una evidente petizione di principio, perchè si doveva appunto dimostrare che alla volontà individuale compete la potestà di creare diritti imprescrittibili.

consenso unanime è inammissibile (1). La regola della prescrittibilità per le cosidette facoltà convenzionali *non ammette quindi eccezioni.* LE ECCEZIONI addotte da qualche autore sono **eccezioni apparenti.** Enumeriamole:

I.ª) Si dice da TROPLONG, DALLOZ, LEROUX DE BRETAGNE ecc. che *sono imprescrittibili le facoltà procedenti dalla natura e dall'essenza del contratto:* esse infatti possono essere esercitate finchè sussista la convenzione da cui sono inseparabili: tali ad es. la redimibilità delle rendite perpetue, il diritto di riavere il pegno pagando, a differenza ad es. del *patto di riscatto* il quale (a prescindere dall'art. 1515 C. C.) procedendo da una clausola *accidentale del contratto,* è sempre prescrittibile.

Ma questa distinzione è rifiutata da LAURENT il quale osserva che tutte le clausole sono in egual misura sostanziali, dovendosi aver riguardo alla volontà delle parti, e vede la ragione della differenza — al solito — nell'essere le une clausole fondate sull' interesse generale, e le altre sull' interesse particolare.

Questa spiegazione non è sufficiente. Bene invece il PUGLIESE nota che nel caso della redimibilità delle rendite e della reluitio pignoris si tratta non di *facoltà convenzionali* — ma di *facoltà legali vere e proprie.*

---

(1) Per la inammissibilità della rinuncia preventiva alla eccezion di prescrizione, vedi ad es. GIORGI *Obbl. VIII.* § *359.*

La Cassazione Torinese nella sentenza 15 Dicembre 1871 (*Rep. di Giur.* PACIFICI MAZZONI *I. pag. 19* § *144*) aveva stabilita la massima erronea che « non correndo prescrizione pel non uso delle riserve facoltative, chi « pattuì in una vendita di usare di un'acqua in determinati giorni della « settimana, non perde il suo diritto perciò che i suoi autori per oltre due « secoli non l'abbiano usato. » Il diritto di uso delle acque spettante al proprietario e di cui all'art. 543 Cod. Civ. essendo una specificazione del contenuto del diritto di proprietà, è facoltativo (Cass. Palermo *Annali I. pag.* 295 *e seg.*) Ma nel caso della Corte Torinese si parla di *riserva facoltativa* in favore di chi *ha venduto,* di chi non *è più proprietario*; — è quindi una riserva convenzionale ed è come tale certamente prescrittibile, secondo il principio riconosciuto anche dalle sentenze 20 maggio 1869 (Cassazione di Napoli *Annali Vol. III pag.* 164) e 11 Novembre 1869 (Cassazione di Torino, *Annali IV. I. pag.* 124.)

E noi preciseremo: si tratta di un caso che entra nella eccezione posta da PONCET: è *la legge* la quale per ragioni di interesse generale vuole (art. 1783 C. Civ.) che allo stato di fatto determinato da una costituzione di rendita perpetua, si *accompagni sempre il diritto di riscatto;* è *la legge* che, senza una disposizione espressa, foggia in modo tale il contratto di pegno che il diritto di *reluere pignus* sempre debba competere al debitore pignoratizio. Ed è la legge, aggiungiamo noi, la quale nell'Art. 1564 espressamente dice che in quanto alcuno è utilista, gli compete il diritto di redimere il fondo enfiteutico. Invece il patto di riscatto è una vera facoltà convenzionale, e come tale sin da principio è necessariamente prescrittibile (1).

II.ª) Si dice (TROPLONG, DALLOZ, LEROUX DE BRETAGNE ecc.) imprescrittibile la *facoltà convenzionale* di scegliere il mezzo di pagamento che meglio piace in una obbligazione alternativa a prestazioni periodiche. Ma qui (dice il PUGLIESE) « la causa vera della perpetuità del « diritto di scelta non istà in una deviazione dai principii « generali, ma nel fatto che coll'esercitare una tra più « facoltà alternative ed incompatibili, il diritto è tutto « esercitato ed è quindi integralmente conservato. Così GIORGI *Obbl. VIII.* § *231* ».

III.ª) LAURENT annovera come eccezioni le *vere facoltà* quando siano dedotte in un contratto; ma noi riteniamo col PUGLIESE che « non menoma il carattere di « facoltà legale la superflua stipulazione fattane nel con- « tratto » (2).

---

(1) TROPLONG (Vedi retro pag. 23); DALLOZ (Prescriz. § 162); LEROUX DE BRETAGNE (Prescriz. § 129); LAURENT (vol. 32 § 234); PUGLIESE (Pr. estint. § 42). È notevole che UNTERHOLZNER (*II.*° § *264*) in base alla regola: *actioni noundum natae ecc.* sostiene che il diritto a ottenere la restituzione del pegno si prescrive dalla consegna del pegno. Contro, la universalità degli scrittori: V. WINDSCHEID (*I.* § *107 nota 10*).

(2) Contro invece DUNOD (*Prescrip. pag. 90*) che ammette la prescrittibilità sulle traccie di D'ARGENTRÉ (*Consult. 2 n. 5, 6*) che disse: « *Facultas* « *praescribitur cum naturam mutavit et in jus transiit, veluti cum in jus* « *et stipulationem deducta est, proprio et privato cuiusque commodo.* »

IV.ª) LEROUX DE BRETAGNE esemplifica: « *se con-* « *cedo al vicino un diritto di passaggio a condizione che* « *sarà revocabile a volontà, la* FACOLTÀ CONVENZIONALE « *di revocarlo è imprescrittibile* ». Ma in questo caso di precario romano si tratta di una facoltà della categoria *A*), esercitata dal *proprietario sulla cosa propria.* Se invece la revocabilità fosse vincolata ad una condizione qualsiasi, saremmo veramente nel caso di una facoltà convenzionale, ma in questo caso la prescrizione estintiva decorrerebbe una volta verificatasi la condizione.

V.ª) TROPLONG e DALLOZ dicono imprescrittibili le facoltà convenzionali create a perpetuità per l' interesse di una comunità di abitanti. Ma essi non intesero dire — come credette invece il PUGLIESE — che i comuni godon maggiori diritti degli altri contraenti: si ebbe riguardo alle relazioni che possono sorgere tra comunisti dei quali alcuni abbian ad esempio da più di 30 anni trascurato di godere d' un acqua acquistata contrattualmente dal Comune e nel frattempo goduta dagli altri. In tal caso questi non possono opporre ai primi la prescrizione estintiva del diritto di uso. Ma neppur qui si tratta di una *eccezione* alla prescrittibilità: il problema è d'ordine diverso: l'essere stato il diritto d' acqua acquistato per *convenzione* piuttosto che in altro modo è infatti cosa del tutto indifferente al problema della prescrizione, il quale si foggia nel chiedere se sia prescrivibile pel comunista il diritto di uso delle acque pubbliche, questione questa che nulla ha a vedere coll' argomento delle *facoltà convenzionali.*

Concludendo su questo punto: tutte le cosidette *facoltà convenzionali* sono diritti prescrittibili — ed è quindi impropria e da non usarsi la dizione stessa di *facoltà convenzionali* (1).

(1) Di queste cosidette eccezioni molti autori da MARCADÉ a GAUTIER, a PONCET, non si occuparono neppure. F. S. BIANCHI invece ammette la esistenza *di diritti facoltativi contrattuali,* e cita ad esempio il *diritto di riscatto convenzionale.* Ma su di ciò V. retro § 7 bis pag. 29.

§ 17. — Riassumendo adunque quanto al problema della prescrittibilità, diciamo: nel campo sconfinato dei diritti soggettivi che nascono sia direttamente, sia indirettamente (pel tramite cioè di una speciale dichiarazione della volontà umana) dalla legge, L' ISTITUTO DELLA PRESCRIZIONE ESTINTIVA SI RIFERISCE SOLO A QUEI DIRITTI CHE ESPLICANO IL LORO CONTENUTO COL PRETENDERE ALCUNCHÈ DA ALTRI O COLL' IMPORRE ALCUN PESO SULLA COSA ALTRUI, SALVO IL CASO ECCEZIONALE IN CUI TRATTISI DI UN DIRITTO EMANANTE DIRETTAMENTE DALLA LEGGE, CHE LO CREÒ SOLO PER FARNE LA CONSEGUENZA NECESSARIA E PERMANENTE DI UNA CONDIZION DI COSE DURATURA CUI ESSA SUBORDINÒ LA NASCITA DEL DIRITTO E CUI ESSA VUOLE CHE IN OGNI ISTANTE, PER TUTTA LA SUA DURATA, QUEL DIRITTO SI ACCOMPAGNI (1).

Per converso quindi la prescrizione estintiva non può riferirsi 1.° ai diritti eccezionali cui ora accennammo 2.° ai diritti che non importano assoggettamento delle persone e delle cose altrui e che concorrono a formare il contenuto di quei diritti generalissimi, definiti solo negativamente dalla legge, che sono i diritti di libertà, di proprietà, e di uso delle cose pubbliche (2).

Queste due serie di diritti, se si accetta la distinzione tradizionale, formano quindi la categoria dei DIRITTI FACOLTATIVI.

---

(1) Veggansi enumerati senza alcun ordine sistematico alcuni di questi diritti in ZACHARIAE (VI. § 772); PACIFICI MAZZONI (VI. § 256), MIRABELLI (§ 120-153). L'essersi questa serie di eccezioni posta in luce solo recentemente, mentre l' istituto della prescrizione estintiva non ha variato, dipende forse da ciò, che, come dicemmo a pag. 51, QUESTE ECCEZIONI FORSE NON SONO VERAMENTE TALI, ED I CASI IN ESSE CONTEMPLATI SI POSSONO TEORICAMENTE FAR RIENTRARE NELLA REGOLA GENERALE.

(2) Del diritto di uso delle *res communes* non ci occupiamo perchè esse, non essendo *ricchezze*, son fuori dalla gestione giuridica come dalla economica. (SIMONCELLI. *Corso sui Dir. Reali Disp. litogr. pag. 81*).

IV.

Conclusioni pel diritto positivo italiano in merito alla categoria dei diritti facoltativi.

§ 18. — La categoria dei *diritti facoltativi* così determinata nel suo contenuto, rappresenta qualcosa di *organico*, di *necessario*, o almeno di *utile* nel diritto positivo italiano?

Non si può dare, ci sembra, una risposta assoluta.

Se si ritiene che nel diritto civile italiano valga la dottrina che fu accolta dalla glossa in poi, che cioè la prescrizione estintiva sia un *mezzo generale di estinzione dei* DIRITTI e che quindi i diritti imprescrittibili siano *eccezioni*, allora in favore della utilità attuale della categoria dei diritti facoltativi sta la medesima ragione per cui essa sorse e si sviluppò: data una regola, è necessario determinarne le eccezioni; — perciò *bene ed utilmente nel caso nostro si raggrupperebbero le eccezioni* nella categoria dei diritti facoltativi, composta siccome vedemmo.

Ma ad altro risultato si arriva se si ritiene che nel diritto civile italiano, come nel diritto romano, la prescrizione estintiva non sia che una *eccezione da opporsi alla azione,* e che quindi la locuzione « prescrizione *del diritto* » vera solo per *una categoria* di diritti, sia una locuzione impropria perchè non applicabile a tutti i diritti in generale. Se così si ritiene (1), e tale è il nostro avviso non foss'altro perchè secondo noi la prescrizione nel diritto

(1) Indichiamo la questione senza svilupparla dal punto di vista del diritto positivo. Solo ci pare di dover rilevare una strana contraddizione del LAURENT (Vol. 32 § 375) il quale mentre accoglie la trattazione dei *diritti facoltativi,* dice che la parola *azione* nell'art. 2262 (2135 cod. it.) è sinonimo di diritto, giacchè « non si può ammettere che il legislatore lasci « dei diritti all' infuori della legge universale della prescrizione ». — In diritto italiano ad es. il GIORGI (Obbligaz. Vol. 8 § 223, 224) considera la prescrizione estintiva in relazione all'*azione,* non al *diritto.*

civile italiano non è diversa, quanto alla sostanza, dalla prescrizione del diritto romano classico e dei pandettisti moderni (1), allora, siccome la prescrizione viene a presentarsi di per sè come istituto netto e definito, *tornerebbe* AFFATTO SUPERFLUO *per la scienza raggruppare in una categoria unica i diritti cui essa non si applica;* — e la categoria dei diritti facoltativi apparirebbe inutile e quindi da rigettarsi. Non sarebbe però gran male, trattandosi di una categoria evidentemente artificiosa, comprendendo essa diritti di cui alcuni esplicano il loro contenuto mediante un'azione ed altri mediante un puro fatto; diritti in parte definiti tassativamente dalla legge perchè eccezionali, in parte definiti dalla legge in via negativa; tra questi ultimi, diritti *personalissimi* e diritti patrimoniali; diritti intrasmissibili e diritti trasmissibili; diritti di gius privato e diritti di gius pubblico. Data adunque questa concezione della prescrizione estintiva che noi accettiamo, devesi concludere che la categoria dei diritti facoltativi non solo nella scienza (pandettisti moderni) (2) ma anche nel nostro diritto positivo non ha alcuna ragione d'essere come costruzione sistematica (3). Tutt' al più può

---

(1) Dice infatti SAVIGNY (Tr. SCIALOIA Vol. V. § 237): « La prescrizione « dell'azione è tra i più importanti e benefici istituti giuridici. In essa le « disposizioni del diritto rom. più che in molti altri istituti si sono conservate « in pieno vigore e non solo nei paesi del dir. comune, ma anche colà dove « sono stati promulgati nuovi codici. Infatti in questi ciò che v'è di nuovo « e proprio consiste più che altro nella fissazione di diversi termini di pre- « scrizione per molte azioni, e questo per la teoria è appunto il soggetto « meno importante ».

(2) Basta citare fra i molti il MAYNZ (Elem. di dir. rom. § 94, Trad. Francese), il quale forse troppo recisamente: « Cette distinction (delle res « merae et non merae facultatis), aussi absurde en droit naturel qu'inutile en « droit romain, n'est plus guère usitée aujourd'hui ». Il SERAFINI (note all'ARNDTS I. § 92 nota 7. 4.ª Ediz.) richiamando il MAYNZ dice pure che la distinzione è a ragione abbandonata.

(3) Ricordiamo che anche il SALVIOLI conchiude col dire che la classificazione delle *res facultatis* è inesatta ed incompleta o per lo meno oziosa. Ma dimostrammo però addietro per quale via errata egli sia giunto a tale conclusione, e come questa quindi non appaia nel suo studio sufficientemente

essere conservata come *terminologia pratica* per indicare i diritti *non soggetti a prescrizione estintiva.*

Una terza via si potrebbe forse seguire: limitare tassativamente la categoria dei diritti facoltativi ai diritti *in se vel in suo* competenti all' individuo come privato e come membro della collettività, escludendone invece tutti i diritti che antichi e moderni considerarono come diritti facoltativi benchè esplicantisi sulle cose e sulle persone dei terzi; — ma se ciò dal punto di vista logico può sembrar plausibile, dal lato pratico è la soluzione peggiore.

Non bisogna infatti dimenticare che la categoria degli atti facoltativi fu escogitata in tema di prescrittibilità, e deve quindi per necessità storica — dato che la si voglia conservare — mantenersi in questi limiti, a meno che non si intenda apportar confusione anzichè chiarezza nella nozione degli istituti giuridici.

Ora, pur riconoscendo (V. a pag. 51) che tutti i diritti sulle cose o le persone altrui possono, con un espediente teoretico, venir ricondotti nella regola generalissima della prescrizione delle azioni, è però evidente che lo scopo pratico di raggruppare in una categoria unica quelli che comunemente si dicono *casi di imprescrittibilità* non sarebbe più raggiunto, se il concetto di facoltà fosse limitato come si disse.

Resterebbe sempre da spiegare, all' infuori della categoria dei diritti facoltativi, come agisca la prescrizione in ordine per es. al diritto di divisione, di delimitazione di confini, al diritto agli alimenti ecc.

E la categoria, ripetiamo, mancherebbe così a quella che fu e dovrebb' essere oggi la ragione pratica dell' esistenza sua.

---

dimostrata. Alcuni scrittori (BORSARI, BARATONO, SCOTTI loc. cit.) dicono « che la scienza si occupa solo delle facoltà che emanano dalla proprietà od « hanno con essa il loro rapporto ». Distinzione questa affatto arbitraria ed inaccettabile.

***

Di due argomenti speciali dei quali nulla dicemmo sin qui (benchè spesso, per il primo almeno, gli autori consultati ce ne abbiano offerto occasione) per non intralciare l'ordine della trattazione, occorre ora che ci occupiamo, prima di passare alla II.ª parte dal nostro lavoro.

I.°

Della contraddizione mossa da terzi all' esercizio di una facoltà.

§ 19. — Trattiamo di questa materia, la quale a tutto rigore sembra esorbitare dal nostro tema, perchè quasi sempre gli scrittori se ne occuparono — e non sempre con troppa chiarezza, pei soliti passaggi dal campo della prescrizione estintiva in quello della usucapione. Sin dai primi tempi infatti, al principio che i diritti facoltativi *non si prescrivono per non uso*, si credette di porre una limitazione: dal momento in cui un terzo proibisca al titolare di esercitare una facoltà, e il proibito sia acquiescente, comincia in favore di quello la prescrizione — usucapione — del diritto a che questi non eserciti più la sua facoltà. (1) La limitazione consisteva in altri termini nella possibilità — ammessa nel diritto comune — di usucapire a *die contradictionis* le servitù negative, e, in certi casi, le obbligazioni (2) contrarie alla facoltà, il cui esercizio era stato proibito.

---

(1) Vedi ad es. in Balbo loc. cit. quest. 5ª. Deluca: De regalibus dis. 144 n. 19 e 145, n. 11; Leyser: loc. cit. n. 25; Struvius: Syntagma etc. Ex. 43, tesi 22, III.° (V. retro pag. 19 e 20).

(2) Questo secondo caso si verificava solo però in materie rientranti del diritto pubblico, e più specialmente a proposito dei diritti feudali di banalità: dal giorno della proibizione di servirsi presso altri, il proprietario del *forno*, del *molino*, e della *taberna* comincia ad usucapire il diritto a che Tizio (cui competerebbe la *facoltà* di servirsi presso chi meglio gli piace), si serva solo nel suo forno o molino, o taberna (vedi loc. cit. nella nota precedente).

E più tardi, specialmente nel secolo XVI, le servitù negative che venivano così usucapite furono, come già accennammo (vedi a pag. 19), denominate esse stesse, con strano procedimento, *actus negativi seu facultativi.*

Invece in DUNOD, e quindi in MERLIN, e poi in ZACHARIAE e in altri (1) troviamo un concetto affatto diverso: si dice che la facoltà (essa stessa, non il diritto ad essa contrario) divien soggetta alla prescrizione *estintiva* (non più *acquisitiva*) a *die contradictionis.*

Diversamente TROPLONG, il quale afferma che « le fa- « coltà possono in certe circostanze provare delle restrizioni « per effetto della prescrizione quando esse si esercitano « su diritti suscettibili di smembramento o di alienazione » e conclude che ad esempio la proibizione di fabbricare sul suo, se data da 30 anni ed il titolare del diritto contradetto non fece opposizione, porta all' acquisto del *diritto contrario* in chi proibì, porta cioè all'obbligo *non aedificandi* in chi fu vittima della proibizione, e ciò perchè « *l'inazione durante il tempo necessario a prescrivere equivale ad un consenso formale* ». MARCADÉ seguito dal GIORGI (2) risponde in linea pregiudiziale, che data una simile interpretazione, per cui al *silenzio,* all' acquiescenza, si dà il significato di una *présomption certaine d' aliénation,* la inazione del titolare della facoltà per il termine di 30 anni non può avere alcuna portata speciale : perchè trent' anni e non venti o venticinque ?

(1) DUNOD: op. cit. p. 86 e 90. MERLIN: loc. cit.; ZACHARIAE con AUBRY ET RAU: Vol. VI. § 772. Così anche PACIFICI MAZZONI: (Istituz. Vol. 6 § 256, 2ª Ediz.) il quale però aggiunge una limitazione tolta da MARCADÉ (Prescr. Comm. c. c. art. 2226) e di cui diremo più avanti.

LAURENT invece (Vol. 32 n. 232) nega che i diritti di pura facoltà si possano perdere per la contraddizione oppostavi. Ma egli si limita solo alle facoltà costituenti l'esercizio del diritto di libertà e, al solito, si accontenta di addurre per argomento *l'interesse generale* ecc.

(2) TROPLONG: (Pr. § 113), MARCADÉ: (Comm. art. 2226). Questi però a torto infirma la citazione che TROPLONG fa di DUNOD a sostegno della sua teorica. GIORGI: (Obblig. VIII.° § 230). LAURENT (vol. 32 n. 232).

MARCADÉ afferma poi che nessuno è tenuto a rispondere a proibizioni di tal genere (quindi, nessuna conseguenza dannosa pel titolare della facoltà esse ponno produrre) salvo che « la proibizione sia basata su di un « diritto almeno apparente, o sia accompagnata da qualche « circostanza particolare, cosicchè il silenzio del proprie- « tario che ha ricevuto la proibizione costituisca una « acquiescenza a questa ».

MARCADÉ però non determina quali siano queste circostanze particolari, e non ispiega quale fenomeno giuridico si produca quando esse concorrono.

Senz' altro addentrarci ad esporre e discutere quanto si disse nella dottrina circa l'attuale argomento, noi esamineremo ordinatamente le singole ipotesi che si potrebbero fare circa l'effetto della contraddizione rispetto ai diritti facoltativi.

§ 20. — Anzitutto, è assurdo dire che le facoltà, per effetto di una contraddizione purchessia, possano *esse stesse divenire soggette alla prescrizione estintiva*, mutando natura: la contraddizione potrà nel fatto rendere impossibile l'esercizio delle facoltà, ma non può innovarne il contenuto. Ed è parimenti assurdo supporre che in conseguenza della contraddizione una singola facoltà — ad es. il diritto di fabbricare sul suo — diventi cosa usucapibile (1): Come potrà un terzo usucapire il diritto spettante al proprietario *come tale*, ed unicamente ad esso, di *fabbricar sul suo?* Ciò che può un terzo usucapire, è il diritto di fabbricare su terreno *altrui;* — ma questo diritto è ben diverso dal diritto che consiste nella « facoltà che il *proprietario* ha di fabbricare sul *suo* fondo »!

(1) Dice invece ad esempio il PUGLIESE (Pr. acq. § 60). « È comune « opinione degli scrittori che hanno accolto la dottrina delle res facultatis che « esse *diventino usucapibili* dal giorno in cui il loro esercizio venga impedito ».

Al contrario F. S. BIANCHI (loc. cit.) rettamente dice che un diritto facoltativo può perire in forza dell'acquisto che altri faccia per prescrizione « di un diritto contrario ».

È quindi un errore parlare di effetti *diretti* della contraddizione sulla facoltà. La contraddizione può influire su di essa solo *indirettamente*, col porre in essere un diritto, che *nasce indipendentemente dalla facoltà*, ma che fa questa perire, essendo nella sua *attuazione pratica incompatibile con essa*, ed essendo dal legislatore creato appunto più forte, *potior*, in confronto della facoltà.

Ciò avviene quando la contraddizione consista in uno stato di fatto munito dei requisiti voluti per la usucapione; questo discorso può riferirsi quindi solamente alle facoltà che rientrano nel diritto generico di *proprietà*: Tizio ha la facoltà di usare a suo piacimento delle acque della sua sorgente. Ma Caio ha usucapito il diritto di derivazione di queste acque, a sensi dell'art. 541 C. Civ. Con ciò la facoltà di Caio non è diventata *prescrittibile* od *usucapibile*: gli è che la legge nel caso speciale dell'art. 541 ha voluto sancire una specie di espropriazione forzata della facoltà spettante a Tizio col creare in favor di Caio un diritto *più forte*, il quale implica la necessità che la prima perisca in tutto o in parte.

In questo caso la facoltà perisce essendosene reso **nel fatto** impossibile l'esercizio: la facoltà cioè spettante a Tizio ed il diritto di Caio sono incompatibili nella loro *esplicazione pratica*, essendo due diritti contradditori aventi per oggetto una stessa cosa.

Si presenta ora il problema se la contraddizione possa far sorgere, in chi contraddice, un diritto implicante una **impossibilità giuridica** a che il titolare della facoltà la eserciti.

Ciò avverrebbe se dalla contraddizione — ad esempio dalla proibizione fattami a mezzo d'usciere di fabbricar sul mio — potesse nascere:

a) UN'OBBLIGAZIONE DI NON FARE (di non esercitare la facoltà) gravante il titolare della facoltà stessa: tale parrebbe sia l'ipotesi di TROPLONG al § 113 del suo trattato sulla prescrizione.

Ma noi non crediamo che ciò possa avvenire.

Si tratta in altre parole di vedere se il *silenzio del titolare* della facoltà, — di fronte alle ingiunzioni avversarie, — possa far nascere per lui una *obbligazione di non fare*: ora noi riteniamo che il silenzio può creare obbligazioni solo quando esso è *qualificato*, quando cioè la legge, essa stessa, interpreta *iuris ct de iure* il silenzio col sancire che da esso, in quel caso determinato, deriva una determinata obbligazione come avviene ad es. negli art. 234, 1429, 1738, 1592 Cod. Civ.; 218, 283, 321 Cod. Proc. Civ.; 351, 380 Cod. Comm. ecc. (1).

Nel caso nostro questa norma manca. È una affermazione gratuita quella di TROPLONG che « *il silenzio equivalga ad un consenso formale* ». E dell' altro canto le « *circostanze speciali* » cui accenna MARCADÉ, non essendo da questi specificate, non possono neppure essere da noi prese in considerazione.

b) UNA SERVITÙ NEGATIVA (ad es. *altius non tollendi*) gravante il fondo del titolare della facoltà stata contraddetta.

Ma questa ipotesi nel diritto moderno, a differenza di ciò che avveniva pel diritto comune, non può verificarsi.

Per l'Art. 630 Cod. Civ. (690 Cod. Fr.) le « servitù con-« tinue non apparenti, e le discontinue, siano o non siano « apparenti non possono stabilirsi che mediante un titolo ».

Ora, le servitù negative sono non *apparenti:* e non si può dire che la *proibizione* seguita dalla inazione del proprietario proibito costituisca un *titolo* a sensi dell'art. 630, perchè in questo articolo, come dice il PACIFICI MAZZONI (2),

---

(1) Vedi in proposito la memoria del SIMONCELLI: *Rendic. del R. Istit. Lomb. di Sc. e Lett. serie II. vol. XXX. 1897* « *Il silenzio nel Dir. Civile* » ove fra altro si confuta una più larga opinione di RANELLETTI « (Il silenzio nei negozii giuridici, Rivista per le Scienze Giuridiche 1892, volume III. pag. 334) ».

(2) PACIFICI MAZZONI, (*Comm. al C. C. II. Ediz. Servitù art. 631* § *217*) Così, BARATONO (*az. poss.* IIª Ed § 155): pel dir. francese V. ZACHARIAE con AUBRY et RAU (*Vol. 2* § *336 Ediz. del 1854-1861*). — LUZZATI (*Della Trascriz. Ed.* 1874 § 209 *e seg).*

il titolo è tassativamente quello stesso dell'articolo precedente (1): esso deve cioè consistere in una « *concessione proveniente dal vero proprietario del fondo serviente* »; — o ad ogni modo, come vuole il LUZZATI, « contenere « la costituzione della servitù, la quale deve esistere in « conseguenza del titolo stesso, e non cogli elementi « combinati del titolo e della prescrizione » vale a dire, « esser legale e costitutivo da bel principio; non di- « venir tale col decorso del tempo ». Neppure si può dire (secondo quel che invece vorrebbero REGNOLI e LOMONACO) che l'atto formale di proibizione, atto solenne, atto pubblico perchè notificato dall'usciere, costituisca un possesso *apparente e pubblico della servitù negativa* cosicchè la servitù negativa verrebbe considerata *a die contradictionis* come apparente: nel Codice nostro infatti — a differenza ad es. del Codice Parmense — si ammette solo la apparenza naturale delle servitù, manifestantesi per segni visibili, e non *l'apparenza civile.* Così, ed esaurientemente, MIRABELLI (2).

La questione sarebbe per tal modo risolta nel senso che è inammissibile l' usucapione della servitù negativa *a die contradictionis,* se il Codice italiano non recasse una innovazione di fronte al Codice francese coll'art. 631, il quale dice nel capoverso: « Nelle SERVITÙ NEGATIVE « il possesso comincia dal giorno della proibizione fatta « per atto formale (3) dal proprietario del fondo domi-

---

(1) Art. 629 « Le servitù continue ed apparenti si stabiliscono in forza « di un *titolo* o della prescrizione di 30 anni o per destinazione del padre di famiglia. »

(2) MIRABELLI (*Prescriz. § 264 e 274*).

(3) Comunemente si intende: *intimazione a mezzo di Usciere.* Il PUGLIESE (*Prescr. Est. § 61 e seg.*) a questa pareggia la contraddizione esercitata con atti materiali, *re,* purchè riconosciuta sufficientemente energica. Ma dove va allora a finire il requisito di opposizione FORMALE di cui all'art. 631, contrapposto per es. alla pura e semplice OPPOSIZIONE dell'art. 2116?

Anche per quest' ultima si dovran pur richieder fatti sufficientemente energici, così da escludere ogni equivoco circa la loro portata! Si entrerebbe poi in una casistica non mai finita. *(segue)*

« nante al proprietario del fondo servente per contrastar-
« gli il libero uso del medesimo ».

Questo articolo, preso alla lettera come vorrebbe il PESCATORE (seguito dal MATTIROLO, dal PUGLIESE e dal CHIRONI) (1) sembra in aperta contraddizione coll' articolo 630, giacchè la quasi totalità delle servitù non apparenti è data dalle negative; e sembra conduca alla conseguenza che dal giorno della opposizione formale le servitù negative sono usucapibili in quantochè, come dice il MATTIROLO, la « presunzione legale dell' acquiescenza
« del proprietario del fondo serviente, è perfettamente
« equivalente ad un TITOLO CONVENZIONALE che fosse
« emanato dallo stesso proprietario ». Ma non risulta dai lavori preparatorii del codice che si sia voluto così, rendendo usucapibili a *die contradictionis* le servitù negative, compiere una vera *rivoluzione* di fronte al Cod. francese, che aveva invece nettamente rotta la tradizione del diritto comune, in cui l' usucapibilità delle servitù negative in seguito alla contraddizione era ammessa.

PESCATORE richiede « *fatti tali che impongano all' avversario la necessità giuridica di reagire* »; richiede che « dall'azione e reazione dei con-
« tendenti sia nata una CONTROVERSIA FORMALMENTE DIBATTUTA, ciò che
« fa presupporre la produzione di titoli ». MIRABELLI (Pr. § 273) osserva però giustamente che PESCATORE « forse conscio di essere andato troppo
« innanzi nell' intendimento dell' art. 630, cerca scemarne le consegnenze
« coll'esigere un modo di proibizione che non è quello che dispone la 2.ª
« parte dell'art. 631, accompagnata da fatti che egli medesimo non sa con
« precisione indicare. L'azione può produrre reazione, ma può pure esser
« seguìta dall'assoluto silenzio ed inazione del proprietario del fondo ser-
« viente. Se costui tace, che dovrebbe fare di più dell'atto proibitivo il
« proprietario del fondo denominante? ».

(1) PESCATORE: (*Filosofia e Dottrine Giuridiche Ed. Bocca Vol. II. pag.* 392 *e seg.*)

MATTIROLO: (*Dir. Giudiz. IV. Ediz. I. vol.* § *259*).

PUGLIESE: (*Pr. acq.* § *30*).

CHIRONI (*Quest. di dir. Civ. VIII*ª *pag.* 39) Egli prende occasione della Sent. 9 Luglio 1887 della Cass. di Napoli (*Foro it.* 1887. *col* 923) in cui l' usucapibilità delle servitù negative *a die contradictionis* è affermata di sfuggita, come lo fu in un caso di servitù *non aedificandi* e *non plantandi* dalla Cass. di Torino l' 11 Nov. 1869 (*Annali III*° *I pag.* 123).

Inoltre appare addirittura inconcepibile che il Codice, dopo avere, per salvaguardare i diritti dei terzi, imposto l'obbligo della trascrizione pei titoli d'acquisto dei diritti reali, abbia potuto permettere l'acquisto di servitù negative mediante proibizione seguìta da acquiescenza, mentre la proibizione non potrebbe essere trascritta perchè essa non *costituirebbe* la servitù a sensi dell'articolo 1392 ma solo determinerebbe il *cominciamento del possesso legittimo* (1). Infine il MIRABELLI (2) provò luminosamente che il capoverso dell'art. 631, tratto dall'art. 541 del codice Parmense (il quale codice, notisi, non aveva accolto l'istituto della trascrizione) — rimase nel Codice nostro per un mero errore di coordinamento.

Perciò noi, pur non ritenendo, come vorrebbero PACIFICI MAZZONI e SCOTTI ANTONIO, che l'art. 631 debba considerarsi come non scritto nel Codice, ma ritenendo invece che questo articolo deve essere in qualche modo interpretato, escludiamo però che esso possa significare che la proibizione fatta al proprietario di esercitare una sua facoltà, data l'acquiescenza trentennale di questi, faccia usucapire una servitù negativa *non faciendi* in favore di chi pose in essere la proibizione (3).

---

(1) MIRABELLI: (*Prescriz.* § *275*). LUZZATI *(loc. cit. a pag. 66 n. 2).*

(2) MIRABELLI: (*op. cit.* § *257 a 260*). Si tratta di un errore di coordinazione, argomenta il MIRABELLI, tanto che il legislatore nostro giunto all'art. 542 del Codice Parmense, ritornò alla locuzione del Codice francese, trascurando il riferimento contenuto nell'art. 542 alla *proibizione* di cui all'art. 541 stesso Codice; art. 541 che era stato invece integralmente trasfuso nel nostro 631! Già il PACIFICI MAZZONI (*Servitù. Comm. all'art. 631* § *230* aveva espresso il dubbio che l'art. 631 fosse stato « *per inavvertenza inserito* « *nel codice* ».

(3) PACIFICI MAZZONI: (*V. pag. 66 n. 2);* SCOTTI A. (*Arch. Giur. Vol. XX*) Ecco la interpretazione proposta da COVIELLO, seguita da SIMONCELLI, GIANTURCO *(Dir. reali. Lez.* 1891-1892. Vedi in CLAPS *Foro it.* 1898 col. 210 GIANTURCO corresse così la primitiva sua opinione — *Istituz. di dir. civ. IV. Ediz. pag. 133* — conforme a quella di PESCATORE, MATTIROLO ecc.) e che noi pure seguiamo, dell'art. 631: Per l'art. 2137 C. C. tutti i diritti reali, e quindi anche le servitù negative, si possono acquistare per prescri-

II.

I diritti facoltativi ed il principio della irretroattività della legge.

§ 21. — Nella distinzione tra diritti *facoltativi* e diritti *non facoltativi* noi abbiamo sin' ora considerato solo la caratteristica della prescrittibilità dei primi e della

---

zione decennale mediante buona fede e giusto titolo. Oltre questi due requisiti posti dal 2137, un altro ne occorre, il possesso: quando comincerà a decorrere il possesso per le servitù negative? A questa domanda risponde l'articolo 631, il quale invece non può riferirsi alla prescrizione trentennale, dominata, anche per ciò che riguarda le servitù negative, dall'art. 630.

È superfluo notare che ben diverso del caso della prescrizione trentennale è questo della prescrizione decennale, in cui un titolo, sia pur viziato, esiste, giacchè più che vera USUCAPIONE la prescrizione decennale è una SANATORIA *del vizio del titolo.* Osservisi poi che non si può citare — come invece fanno PESCATORE, GIANTURCO (Iª opinione), MATTIROLO (*IV. Ediz. I. vol* § *259*), CHIRONI e la citata sent. 9 Luglio 87 della Cass. di Napoli — l'art. 637 seconda parte come esempio della interpretazione da loro accolta pel 631: Vedi MIRABELLI § *274* e *278* circa la portata vera del 637 capoverso.

Per lo stato della dottrina vedi COVIELLO: (*Della usucapione delle servitù prediali. Capo III. Riv. It. p. le sc. Giur. fasc. 29, 30* (1891) e MIRABELLI (*loc cit.*) — SIMONCELLI (*Diritti Reali: Corso di Dir. Civile Univ. di Pavia. pag. 475*) confuta la interpretazione proposta da MIRABELLI (§ 267-274). È notevole che la relazione tra l'art. 631 cap. e il 2137 era stata notata da PACIFICI MAZZONI (*op. cit.* § *216 e seg.*), il quale però ripudiò questa interpretazione, non avendo ben rilevato il carattere vero della prescrizion decennale in confronto della trentennale; — poi del PESCATORE che la assunse come altro degli argomenti in favore della sua tesi. COVIELLO in seguito vide in essa la interpretazione unica possibile dell'art. 631 C. C.

La teorica di PESCATORE e degli altri autori che lo seguirono, per cui in base all'art. 631 cap. si ammette la usucapibilità delle servitù negative *a die contradictionis*, viene da alcuni di essi estesa, benchè il 631 cap. parli solo di servitù negative, anche alle servitù affermative discontinue; e questo *a fortiori* in forza della analogia, non contrastabile secondo essi, trattandosi di *diritto comune.* Così PESCATORE *(op. cit. Vol. II. p. 403)* e MATTIROLO *(III. Ediz. § 218 e IV. Ed. § 260)*, il quale ultimo venne erroneamente annoverato dal MIRABELLI (§ 264) tra coloro che, come il PUGLIESE *(Pr. acq. § 30)*, limitarono invece tassativamente alle servitù negative l'usucapibilità *a die contradictionis.* Ora noi comprendiamo benissimo che a PESCATORE ed agli altri non sembri logico ammettere un tratta-

imprescrittibilità dei secondi. Ma di un'altra caratteristica, riferentesi al problema della *irretroattività della legge*, dobbiamo far cenno.

---

mento diverso per le servitù negative e per le affermative discontinue, mentre per queste ultime le ragioni di convenienza addotte in favore della usucapibilità *a die contradictionis* si presentano più forti; — ma crediamo che in ogni ipotesi l'art. 631 cap. di fronte al principio generale formulato dall'art. 630 ed alla portata generalissima che nella legislazione moderna assunse l'istituto della trascrizione, non potrebbe esser esteso mai oltre il caso tassativo delle servitù negative. Si ha così, nella incongruenza evidente ma ineluttabile del dover venire a conclusioni diverse per le servitù affermative discontinue e per le negative, un argomento nuovo in favor della teorica da noi accolta, per cui neppure le negative possono usucapirsi col decorso del termine *a die contradictionis*.

In diritto Francese, benchè manchi un art. corrispondente al 631 capoverso, v' è chi ammette la usucapibilità *a die contradictionis* delle servitù non apparenti e discontinue: così per es. TROPLONG (*Tr. del Prescrip.* § *393*). Altri autori ammettono la prescrittibilità, purchè alla proibizione si accompagni la notifica di un titolo *colorato* che stabilisca il diritto, cosicchè secondo essi il fondamento della prescrittibilità starebbe nel *titolo colorato* piuttosto chè nella *contraddizione*. Così TOULLIER (Vol. III. § 337 e seg.) PROUDHON (*Usuf. t. VIII* § *3853)*. Altri autori invece pur ammettendo che un mero titolo colorato, emanato *a non domino*, potesse dar corso alla usucapione delle servitù negative e discontinue negarono però esplicitamente che tale efficacia potesse avere la *contraddizione*: Così DURANTON (Corso delle servitù Prediali c. fr. § 576 e § 593) e BÉLIME (dir. del poss. e az. poss. cfr. § 257: « la contraddizione non è un titolo certamente; essa perciò non farà correre la prescrizione », e i § 258 e seg).

Ma la maggioranza per numero e autorità degli scrittori francesi ritiene che nell'art. 691 c. fr. (630 cod. it.) si esiga un titolo proveniente dal vero proprietario e che nessuna prescrizione possa decorrere dalla contraddizione alle servitù negative e discontinue (Vedi lo stato della dottrina in PACIFICI MAZZONI (loc. cit. § 224. V. ad es. PARDESSUS, *Servitudes IX Ed.* § 276). Notevole la contraddizione, rilevata da BÉLIME (§ 259), di TROPLONG che al § 857 nega la prescrittibilità delle servitù discontinue e non apparenti basata su un titolo colorato accompagnato da buona fede e possesso; e al § 393 ne afferma come vedemmo la prescrittibilità *a die contradictionis*. Eppure l'articolo 691 Cod. Fr. costituisce ostacolo ben più grave pel caso della contraddizione che non pel caso del titolo colorato.

In diritto italiano però, dato l'art. 631 e ammessa per un istante l' usucapibilità *die contradictionis*, logicamente il PUGLIESE (Pr. acq. § 61 e seg.) nega si possa pretendere che la contraddizione debba essere di necessità *colorata da un titolo.*

Nella applicazione del generalissimo principio dell' articolo 2 del Cod. Civ. Francese e della 2.ª disp. Prelim. al Cod. Civ. it. relativi alla irretroattività della legge, si è creata una distinzione tra ASPETTATIVA DI DIRITTO e DIRITTO ACQUISITO: « *Si ha* ASPETTATIVA DI DIRITTO *quan-* « *do dei dati di fatto che producono il diritto alcuni esistono* « *e altri sono semplicemente sperati, mentre si ha* DIRITTO « ACQUISITO *se tutti i dati di fatto esistono* ». Ad es.: data la disposizione di legge per cui si possono aprir finestre a un metro e mezzo dal confine, Tizio, proprietario, sinchè non ha aperto tali finestre ha solo un' *aspettativa di diritto;* mentre da quando le finestre siano state effettivamente praticate è sorto in lui un *diritto quesito* (1).

Pei *diritti acquisiti* la legge nuova non può essere in alcun modo retroattiva: quanto alle *aspettative di diritto* vige invece il principio opposto, e la legge nuova può menomarle o toglierle senza alcun freno, senza alcun obbligo di risarcimento (2).

Tale la teoria generalmente accolta.

Notiamo sin d' ora che nell' esempio di *aspettativa di diritto* da noi ripetuto si tratta di un diritto facoltativo, considerato sotto due aspetti: prima di essere esercitato (*aspettativa di diritto*); -- e dopo esser stato esercitato

---

(1) SIMONCELLI (*Corso sui Negozi Giuridici disp. litogr. pag. 25* e *26*).

Quanto alla *generalità* del principio della irretroattività delle leggi vedi però SAVIGNY (*VIII.* § *384 e seg.* § *398*) che la nega. Secondo lui non è già una eccezione al principio della irretroattività, ma è *una regola generale* per sè stesso il principio per cui, trattandosi di norme legislative aventi per oggetto non l'acquisto, ma *l'esistenza* dei diritti, la legge deve aver effetto retroattivo, in quantochè esse per la maggior parte hanno le loro radici fuori del puro diritto e sono in contatto colla morale, la politica e l'economia politica (così dicasi p. es. delle leggi abolitrici dei feudi, delle decime, dei maggioraschi ecc.)

(2) Notiamo una volta per sempre che si prescinde da qualsiasi caso ipotetico o reale di *espropriazione forzata* per pubblica utilità, perchè in essa dovendosi corrispondere sempre una indennità come *surrogato del diritto tolto o menomato*, sfugge la ipotesi *vera* della *retroattività della legge*, di cui ora ci occupiamo.

(*diritto acquisito*). — Questa coincidenza non è casuale; si tratta di una vera *relazione* sostanziale che esiste tra le *aspettative di diritto* e i *diritti facoltativi* secondo le rispettive teoriche, che fu rilevata dagli scrittori in materia di irretroattività della legge; come per es. da MERLIN, da SAVIGNY, da LAURENT, da GABBA, da F. S. BIANCHI ecc. (1),

Da questi autori però generalmente *non si fa della distinzione tecnica tra res facultatis e res non facultatis un riferimento pienamente esatto.* Infatti:

a) In generale si discorre solo dei diritti *facoltativi considerati come tali dalla teorica tradizionale* di cui dicemmoal § 12, esclusi cioè quelli che si aggiunsero di poi alla catègoria con LEROUX DE BRETAGNE e gli altri autori.

Così naturalmente MERLIN. Tale è il concetto del GABBA quando dice (pag. 258) che le *facoltà* sono « *con-* « *tenute nelle leggi concernenti quelle che sopra chiamam-* « *mo premesse generali o elementi di tutti quanti i con-* « *creti diritti* », e son dalla legge conferite « *senza la* « *mira di recar vantaggio agli individui, per ragioni di* « *sociale convenienza* ».

Rapporto invece ai diritti facoltativi messi in luce dalla nuova teoria e di cui al § 14, non si pone nettamente il problema della retroattività, anche perchè la categoria delle res facultatis generalmente da questi autori è inesattamente apprezzata: così dicasi ad es. di F. S. BIANCHI, il quale afferma che posson essere *diritti acquisiti,* anche prima del loro esercizio, certi *diritti facoltativi contrattuali* (tra cui il dir. di riscatto convenzionale nella vendità), che viceversa noi negammo possan comprendersi nella categoria dei dir. facoltativi (V. retro § 7).

---

(1) V. MERLIN : *(Rép. voce : effet retroactif. sect. III)* SAVIGNY *(Vol. VIII. § 385 e seg.)* LAURENT *(Vol. I. § 199)* GABBA *(Teoria della Retr. delle Leggi II Ediz. I. Vol. V. Ediz. spec. pag. 254 e seg.; « Delle facoltà di legge »),* F. S. BIANCHI *(Principii generali ecc. § 41 e 42).*

Così dicasi del GABBA il quale in altro punto (pag. 255) afferma: « TUTTI QUANTI I DIRITTI SONO FACOLTATIVI « e si decompongono in molte e svariate facoltà di fare o di « pretendere: conseguentemente le facoltà non possono « venir contrapposte ai veri e propri diritti se non in- « tendendole ANTERIORI ai medesimi e semplici mezzi « onde acquistarli. Codesta anteriorità ad ogni e qual- « sivoglia diritto è il solo criterio sicuro ed assoluto onde « contradistinguere le facoltà dai diritti quesiti ». Concetti i quali, senza che occorra farne una minuta analisi, evidentemente non rispondono alla essenza vera della teorica dei diritti facoltativi.

b) D'altra parte, restando nel campo delle *facoltà* accolte dalla teorica tradizionale (dir. di fabbricar sul suo ecc.) la relazione esistente tra la *aspettativa di diritto* e la *facoltà* non viene ben definita.

Il GABBA p. es. a pag. 191-192 vol. I. dice che non sono « *diritti acquisiti le mere possibilità o* ASTRATTE FACOLTÀ « *giuridiche nè le* SEMPLICI ASPETTATIVE », con che i due concetti apparirebbero diversi fra di loro: diversità stata posta nettamente da MERLIN, il quale dopo aver detto (loc. cit § 3) che un diritto puramente facoltativo (a meno che sia stato esercitato) non è mai un diritto acquisito, si chiede al § 4: « ce que nous disons de la « simple faculté non reduite en acte, est il applicable à « l' expectative; c' est à dire à l'ésperance que l' on tient « d'un fait dèja passé ou d'un état actuel de chose, de « jouir d' un droit lors-qu'il s'ouvrira » ?

Al che risponde non esser l'aspettativa un dir. acquisito se essa ci viene « *soit de la volonté encore ambulatoire de* « *l'homme* » (es. da un testamento — atto essenzialmente revocabile — il *cui autore non è ancor morto*); « soit d' une « loi que le législateur dont elle est l'ouvrage est toujours « maître de révoquer », (es. disposizioni legislative sulla successione legittima esistenti prima dell' apertura della successione); — esserlo invece se ci deriva da un testamento di cui l'autore è morto o da un contratto (casi di diritti sottoposti a condizione sospensiva).

Questo ordine di idee viene accolto anche da F. S. BIANCHI, e, con maggior precisione di concetti, da SAVIGNY. Ma di ciò dirèmo più diffusamente in appresso.

Altre volte l'aspettativa è concepita diversamente e viene identificata colla facoltà. Così il GABBA in altro punto (pag. 259) dice esser la facoltà una mera aspettativa. Finchè la facoltà non è esercitata « l'individuo cui la « legge ha conferito una delle facoltà in discorso non ha « CHE UNA MERA ASPETTATIVA di quel vantaggio o di- « ritto, la quale non può fare ostacolo alla emanazione « di una legge nuova differente, ed alla immediata e « piena applicazione della medesima ». E più recisamente il SIMONCELLI afferma l'identità delle categorie dicendo: « a differenza della aspettativa di diritto, della facoltà, la « quale si ha appunto quando.... ecc. ».

Invece il GAUTIER (1) il quale considerò la categoria dei diritti facoltativi nei suoi veri confini e contemplò *tutte le specie di essi,* pose nettamente la relazione tra la teoria delle facoltà e quella della retroattività della legge:

« L'art. 2232 spiega l'art. 2 (2): invece di parlare di « diritti acquisiti e di aspettative, non si potrebbe dire « più semplicemente che la nuova legge può annullare i « diritti che si fondano nella legge sola, ma non può « toccare quelli che traggono origine da un fatto del- « l'uomo? ».

Altro non aggiunge il GAUTIER, ma questo suo accenno ci sembra germe fecondo di utili applicazioni, in quanto egli in altri termini vorrebbe così sostituita la

(1) GAUTIER *V. a pag. 25 n. 2.*

(2) Art. 2232: « *gli atti meramente facoltativi e quelli di semplice tol- « leranza non possono servire di fondamento nè per il possesso nè per la « prescrizione* ».

Art. 2 cod. fr. « *La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha « effetto retroattivo* ».

Identica è la nostra 2.ª Disp. Prelim. al Cod. Civ. Riservata sempre però la questione della vera relazione esistente tra l'art. 2232 e i diritti facoltativi; — della quale diremo in appresso.

distinzione tra diritto facoltativo e non facoltativo, a quella tra diritto quesito e aspettativa di diritto.

§ 22. Avanti tutto, la distinzione tra *aspettative di diritto* e *diritti quesiti,* è dessa tale da soddisfarci pienamente? Non crediamo: Se diciamo *aspettativa di diritto* la condizione del proprietario che, pur avendo diritto di farlo, non ha fabbricato sino a un certo punto dal confine, e *diritto quesito* la condizione in cui egli trovasi dopo aver effettivamente fabbricato, non sarebbe allora logico venir a dire col GABBA (p. 254) che il diritto del proprietario di fabbricare sino ad un certo punto dal confine è detto « *impropriamente* DIRITTO *facoltativo* » e col LAURENT (1), che in materia di retroattività le facoltà di legge « NON DIVENGONO DIRITTI *che allorquando sono* « *state esercitate* »? Ora ciò andrebbe contro alla definizione di *diritto soggettivo* da noi accettata al § 9, ed alla nostra affermazione che le facoltà sono veri e propri diritti.

Inoltre non ci sembra esatto dire che se Tizio *ha esercitata* la sua facoltà, fabbricando effettivamente a quella tal distanza dal confine, *la aspettativa di diritto* SI È TRAMUTATA in *diritto acquisito* per essersi verificati tutti i dati di fatto che producono il diritto stesso.

A noi pare che coll'essersi effettivamente fabbricato, la facoltà o aspettativa di diritto o diritto addirittura (diciamo noi) preesistente, e consistente appunto nella *potestà di fabbricare* a quella tal distanza dal confine, si sia ESTINTA, cosicchè non più ad essa siano riferibili gli effetti della legge nuova.

Ancora, come chiarisce l' illustre GABBA (2), secondo la teorica che esaminiamo si può fare questione di *aspettativa di diritto* solo nei *diritti reali.* Nei diritti di obbligazione « gli effetti giuridici per il solo essere potenzialmente con- « tenuti, a termini di legge, nel contratto e nella obbli- « gazione, sono diritti quesiti ed inviolabili ».

---

(1) LAURENT: *(Della non retroattività* ecc. *Vol. I.* § 198).
(2) GABBA: *(op. cit. III. Vol. pag. 13).*

È giuridicamente esatto questo principio, che pure è conseguenza diretta e necessaria della distinzione tra aspettative di diritto e diritti quesiti da noi riferita?

Non ci pare. Il diritto ad ottenere in certe condizioni di fatto un sussidio alimentare continuato da un determinato parente è un diritto di obbligazione. Se di esso si cominciò l'esercizio o si ottenne un riconoscimento giudiziale imperando la legge antica, naturalmente non potrà esser menomato dalla legge nuova. Ma se durante l'impero della legge vecchia ne fu invece trascurato l'esercizio, la legge nuova può modificare il contenuto del diritto agli alimenti benchè le condizioni di fatto che creavano in Tizio il diritto di chiedere il sussidio preesistessero alla promulgazione della legge nuova (GABBA) (1).

Con ciò non si concreta forse un fenomeno di efficacia retroattiva della legge identico a quello che si verifica p. es. pel dir. di fabbricar sul suo a una determinata distanza dal confine, secondo che questo fu esercitato o giudizialmente riconosciuto (il che si equivale) o non lo fu prima della promulgazione della legge nuova?

Ora, se per questo secondo diritto potrà parlarsi di *aspettativa* e di *diritto acquisito*, perchè non lo si potrà fare pel primo, benchè si tratti di un diritto d'obbligazione? E in ogni caso, dato che non lo si possa, quali criterii si dovranno seguire quando non si tratti di diritti reali e si debba per es., notar la differenza che intercorre tra il diritto *agli alimenti* e il diritto ad *ottenere un risarcimento di danni* — pure diritto di obbligazione — il quale a differenza del primo, dato il permanere delle condizioni di fatto, non può essere menomato dalla legge nuova benchè se ne sia trascurato l'esercizio per tutto il tempo anteriore alla pubblicazione di questa?

§ 23. Parmi si risponda a questa domanda e si ovvii a queste difficoltà coll'accogliere il concetto adombrato dal GAUTIER.

---

(1) GABBA: (op. cit. 2ª Ed. Vol. II p. 228 e seg.)

Il principio fondamentale che regola la teorica della retroattività della legge è il seguente:

In certi casi la legge creando un diritto mira a raggiungere immediatamente l'effetto patrimoniale utile pel titolare del diritto stesso. In altre parole, accordato il diritto, esso, nella intenzione del legislatore, entra subito a far parte del patrimonio del titolare anche se in effetto il titolare non l'abbia ancora esercitato; in tal caso il legislatore non potrà più ricredersi, recando con una nuova legge un danno a quell'istesso patrimonio privato che egli aveva prima voluto avvantaggiare; — quindi la legge nuova non sarà mai retroattiva.

In altri casi il legislatore, in considerazione di *un interesse generale*, volle che chi si trovi in una determinata condizione abbia a sua disposizione un certo diritto, ma non ha riguardo immediatamente all'effetto patrimoniale utile pel singolo: il legislatore *permet, mais il ne s'oblige pas,* dice MERLIN. E allora, promulgata la legge nuova, bisognerà distinguere: se alcuno abbia nel fatto posto in essere l'effetto patrimoniale utile, esercitando il diritto, il legislatore non potrà distruggere o menomare ciò che legalmente fu fatto.

Ma se il titolare del diritto, pur potendolo esercitare non lo ha esercitato, la legge nuova potrà menomare questo suo diritto senza obbligo d'alcuna indennità, giacchè, come la legge prima nulla volle espressamente dare al titolare del diritto, così oggi nulla ingiustamente gli toglie (1).

---

(1) Che questo sia il fondamento della teoria della retroattività ce lo dice il chiarissimo GABBA (*Vol. I pag. 191*) quando pone come altro dei requisiti del diritto acquisito questo che esso « *a termini della legge sotto « l'impero della quale accadde il fatto da cui trae origine, sia entrato immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acqui- « stato.* »

Questa dell' essersi voluto o no dal legislatore *direttamente* e *immediatamente* l'effetto patrimoniale utile pel titolare ci sembra il vero criterio per definire se o meno, secondo la espressione di WINDSCHEID (*I § 32 Trad.*

Ma se così è, nessuna necessità di distinguer fra diritti di obbligazione e diritti reali, e di stabilire gradazioni tra l'un diritto e l'altro secondochè tutti i DATI DI FATTO si sono o no verificati *(diritti quesiti* e *aspettative di diritto)* giacchè appunto la distinzione SECONDO I CRITERII VEDUTI NEL CORSO DEL NOSTRO STUDIO, tra *diritti facoltativi* e *diritti non facoltativi* risolve precisamente il problema, in quanto tutti i diritti non facoltativi rispondono alla prima ipotesi, e tutti i facoltativi alla seconda, tantochè si potrebbe riassumer così il principio delle irretroattività della legge: LA LEGGE È IRRETROATTIVA, SALVO CHE SI TRATTI DI DIRITTI FACOLTATIVI NON ANCORA ESERCITATI.

Consideriamo infatti alcuni diritti non facoltativi: (*V. retro* § *13)*: Diritto di ottenere un risarcimento; diritto di far adempiere una servitù stata pattuita; azione d'arricchimento indebito; azione di rendiconto, azione revocatoria, di rescissione (1). Son diritti creati appunto dalla legge per la utilità immediata del titolare. Anche se non siano stati ancora esercitati, per essi la legge nuova sopravvenuta non può avere effetto veruno.

Consideriamo invece i diritti facoltativi di cui retro ai § 12 e 14: dir. di fabbricar sul suo, di chieder servitù legali, di testare, di far apporre i confini, di chieder gli

---

FADDA e BENSA *pag. 90*), a determinati fatti « il diritto anteriore ha dato la loro impronta definitiva ».

E che si debba in ogni caso ricercare la intenzione del legislatore lo afferma appunto WINDSCHEID (loc. cit.): « *Perchè il diritto nuovo abbia « forza retroattiva non occorre che se la sia attribuita espressamente, « basta che questa forza possa dalle espressioni e dal contenuto del « nuovo diritto, riconoscersi come voluta* ». E poi (Pag. 93): « *nel « compito eminente che spetta in questa teoria alla interpretazione, sta « una ragione principale delle sue difficoltà* ». V. anche LAURENT I. § 197.

(1) V. per es. in questo senso GABBA quanto all'azione di rescissione per lesione enorme (*Vol. I pag. 131*) — e per l'azione di risarcimento (*Vol. IV pag. 259*), colla concorde dottrina ivi citata. V. per la risoluzione dei contratti (regolata dalla legge antica) LAURENT (*Vol. I* § *223*).

alimenti, quello di far gli atti conservativi del nostro diritto ecc., diritti tutti foggiati dalla legge nell'*interesse generale*. Orbene noi vediamo che appunto per questa specie di diritti si opera la distinzione: Se furono *esercitati*, nessuna legge nuova può menomarne gli effetti; ma se esercitati non furono ancora, pur essendo stato possibile il farlo, la legge ha effetto retroattivo.

Non son così nettamente fissati, ripetiamo, i confini al principio della retroattività? Una sola avvertenza, pare a noi, è necessario fare circa alla portata della espressione « *esercizio* » di tali diritti. Bisogna avvertire infatti che i diritti facoltativi *stabiliti da una legge* MA IN RELAZIONE AD UN CONTRATTO (così F. S. BIANCHI loc. cit.; noi però per comprendere oltre al caso del contratto il caso della disposizione testamentaria diremo in genere dir. facoltativi *secondari, accessori*) come quelli spettanti all'usufruttuario per l'art. 489 C. Civ., il dir. dell'utilista di redimere il fondo enfiteutico — V. retro p. 47 § 14 — debbon ritenersi *esercitati* all'atto in cui si creò il contratto di usufrutto o d'enfiteusi, in quanto furono implicitamente sì, ma necessariamente affermati dalla volontà umana che col porre in essere il rapporto generico di usufrutto, di enfiteusi, intendeva riferirsi all'usufrutto all'enfiteusi quali sono regolati dal Codice Civile, e li *faceva così entrar* fin d'allora nel proprio patrimonio (1).

È una specie di *esercizio simbolico* del diritto, quale si ha quando un dir. facoltativo — (es.° il dir. di chiedere una determinata servitù legale) — prima della legge

---

(1) Così LAURENT; in tema di retroattività (*I § 199*) « *...quando le* « *facoltà risultano da un contratto, allora prendono il carattere di diritti* « *contrattuali; poco importa che le abbiano stipulate le parti o le abbia* « *stabilite la legge,* POICHÈ NEI CONTRATTI SI SOTTINTENDE CIÒ CHE È « STATO DETTO DAL LEGISLATORE. *La facoltà legale diviene una facoltà* « *convenzionale. Sia stata essa esercitata o meno sotto l'impero della legge* « *antica una legge nuova non può spogliarne le parti contraenti. Il con-* « *tratto deve ricevere* TUTTI GLI EFFETTI CHE LE PARTI HANNO AVUTO IN « VISTA, *fossero eventuali, fossero facoltativi* ».

nuova non fu in effetti esercitato, ma ottenne la *sanzione giudiziaria* in seguito ad una contestazione, o fu oggetto di *privata stipulazione* tra le parti: casi tutti nei quali la legge nuova si ritiene non possa più avere effetto retroattivo.

*
* *

Affermato così che nel problema della retroattività della legge è distinzione fondamentale quella tra diritti facoltativi e non facoltativi, ne conseguirà l'abbandono del concetto e della locuzione di *aspettattiva di diritto*?

In nessun modo, purchè però si eviti ogni confusione tra *facoltà* e *aspettativa di diritto*, e si mantenga quest'ultima nei veri confini assegnatile chiarissimamente da SAVIGNY. Questi, dopo aver detto che il principio della retroattività della legge non si applica al di là della sfera dei « *rapporti giuridici di una persona determinata* », non si applica cioè a quegli « *elementi di una sfera di indipendente dominio della volontà individuale* » che sono « *le facoltà astratte di tutti gli uomini o di intere classi di uomini* », afferma che neppure si applica alle *aspettative di diritto*, le quali concorrono quando esistano alcune circostanze di fatto che sono i precedenti necessari perchè sorga un diritto determinato, ma il SORGERE DI QUESTO DIPENDA DAL MERO ARBITRIO DI UN'ALTRA PERSONA.

Tale il caso di chi sa di esser chiamato erede in un testamento il cui autore è in vita, in condizioni cioè di revocare quando gli piaccia il testamento.

Così dicasi di chi, in base al diritto successorio vigente in un determinato momento, attende di divenir erede legittimo in una certa misura del padre suo vivente tutt'ora.

In questo secondo caso, MERLIN e F. S. BIANCHI (V. retro pag. 74) dicon trattarsi di *aspettativa di diritto* perchè il diritto dipende *da una disposizione sempre mutabile di legge.* Ma l'esser la disposizione di legge sempre revocabile dal le-

gislatore, è cosa che può dirsi, ad es., anche per le facoltà. La caratteristica vera sta in ciò, che il diritto a succedere entra a far parte del patrimonio privato solo *all'atto della morte del de cuius:* quindi, senza far ricorso all'esser mutabile la norma di legge, il concetto dell'*aspettativa* si può fissare sempre secondo la definizione di SAVIGNY: « *la nascita effettiva del diritto dipenda dal mero arbitrio di un' altra persona* »; che se ripugnasse per ragioni extra giuridiche far rientrare la morte del de cuius nella locuzione « mero arbitrio », si potrebbe dire: « *la nascita del diritto dipenda dal fatto di un terzo, fatto indipendente da qualsiasi vincolo giuridico preesistente tra il terzo e colui che fruisce dell'aspettativa di diritto* ». — Determinato così tassativamente il concetto di *aspettativa di diritto,* sarebbe stata forse inutile la trattazione nostra, la quale trasse origine dal veder considerato come *aspettativa di diritto* il diritto del proprietario di fabbricar sul suo, il quale invece è un *diritto facoltativo.*

La trattazione nostra però avrà giovato ad ogni modo a dimostrare che invece di contrapporre, come fanno MERLIN, LAURENT, SAVIGNY, i *diritti quesiti* alle *facoltà,* convien parlar solo di *diritti facoltativi* e di *diritti non facoltativi,* essendo gli uni e gli altri *diritti quesiti*; — che in altri termini la locuzione *diritti quesiti* va usata solo in contrapposizione al caso specialissimo delle *aspettative di diritto.*

In secondo luogo ci pare utile l'aver ben chiarito come, anche in tema di retroattività della legge, il contenuto della categoria dei diritti facoltativi sia precisamente quello da noi fissato nei capitoli precedenti, compresi cioè anche i casi posti in luce dalla nuova teoria (§ 14); — a differenza per es. da quanto dovrebbe dedursi dalla trattazione di F. S. BIANCHI e degli altri autori, compreso SAVIGNY, giacchè ci pare, che tutti i diritti, e non solo quelli facoltativi, sian creati dalla legge quantomeno « *per intere classi di uomini* », per tutti coloro cioè che verranno a trovarsi in determinate condizioni di fatto. — Arbitraria è questa parte della definizione di SAVIGNY.

PARTE SECONDA

La categoria delle res merae facultatis in relazione alla prescrizione acquisitiva.

In tema di usucapione la categoria delle res facultatis non ha alcun valore sistematico.

§ 24. — Per dimostrare questa affermazione basta enunciare alcune considerazioni assiomatiche:

a) *Nessun diritto facoltativo può essere acquistato per usucapione:* riesce infatti inconcepibile che un terzo, non proprietario, possa usucapire la facoltà spettante *al proprietario come tale* di fabbricar sul suo, di chieder la comunione di un determinato muro ecc.

Si possono usucapire gli *iura in re aliena* ed il diritto di proprietà.

Nel I.° caso evidentemente chi usucapisce ad esempio una servitù a danno del mio fondo, non usucapisce già una mia *facoltà*, ma acquista coll' uso precisamente un *diritto contrario* ad una determinata mia facoltà, e tale che fa indirettamente *perire* questa.

Il II.° caso presenta qualche maggiore difficoltà: infatti chi ha usucapita la proprietà di una cosa *viene a*

trovarsi investito di veri diritti facoltativi che prima spettavano ad altri, cosicchè potrebbe sembrare doversi concludere che questi diritti facoltativi furono da lui usucapiti. Ma così non è: analizziamo infatti ciò che avviene quando si verifica il fenomeno della *usucapione del diritto di proprietà:* Tizio ha abusivamente fabbricato sul mio; egli ha compiuto un atto illecito che *rende impossibile l'esercizio della mia facoltà* di fabbricare. Trascorso il trentennio, la legge interviene e da un lato *sana l'atto illegale* che rese nel fatto impossibile l'esercizio della mia *facoltà*, dichiarando questa definitivamente, legalmente estinta; dall'altro essa stessa, la legge, *attribuisce a Tizio,* ESPROPRIANDO ME, le rimanenti facoltà a me prima spettanti quale proprietario e cui non si era punto riferito il possesso ultra trentennale di Tizio. Perciò non si può dire che Tizio acquisti in seguito al prolungato uso i miei *diritti facoltativi*, giacchè di alcuni ha PROVOCATA LA ESTINZIONE con atti illegali (convalidati poi dalla legge) ad essi contrarii, e gli altri che gli vengono attribuiti spirato il trentennio, *non li ha punto esercitati* per l'addietro. In altri termini, il fenomeno della *usucapione* che è tale veramente (*usu capere*) trattandosi dell'acquisto degli *iura in re aliena* (*diritti non facoltativi*), rispetto alle singole *facoltà* ond'è composto il diritto di proprietà assume invece un altro aspetto, scindendosi nella *sanatoria* di atti illegalmente compiuti, di illegali estinzioni di facoltà altrui; e nella *espropriazione* che ad un certo momento, per effetto della continuazione di quelli, la legge fa degli altri diritti facoltativi spettanti ancora al proprietario (1).

(1) Che questa analisi degli effetti che si producono rispetto alle facoltà spettanti al proprietario quando avviene il fenomeno indicato in modo sintetico come *usucapione del diritto di proprietà*, debba esser fatta, ce lo dice lo SCHLOSSMANN (Vedi in WINDSCHEID I.° § 38 nota 3 pag. 174) il quale giunge ad « impugnare la opportunità scientifica del raggruppamento concet-« tuale nell' unità di un diritto reale, delle norme giuridiche che tutelano il « proprietario; — il diritto reale (recte, pare a noi, il diritto di proprietà), « sarebbe solo un espediente TERMINOLOGICO ». *(segue)*

Quindi, concludendo, anche restando nel campo delle facoltà che formano il diritto di proprietà, non è concepibile che alcuno acquisti un diritto facoltativo *mediante il prolungato esercizio dello stesso*; e ciò perchè è inconcepibile che una facoltà venga esercitata da altri che non sia il titolare: solo il proprietario, ripetiamo, può *esercitar* la facoltà che spetta al *proprietario* come tale, *di non fabbricar sul suo!*

b) *Correlativamente, nessuno dei diritti che si possono acquistare col mezzo della usucapione è un diritto facoltativo.*

Infatti, prescindendo dal caso già esaminato della usucapione del diritto di proprietà, nel quale si ha più che altro una *espropriazione* di facoltà, limitandoci cioè alla usucapione nel suo vero senso di *acquisto di un diritto mediante il continuato esercizio dello stesso*, — è agevole riscontrare come le servitù prediali continue ed apparenti (e, pel diritto comune, tutte le servitù in generale); le servitù personali (1), e il diritto dell'enfiteuta (2), vale a dire tutti i diritti usucapibili, siano tutti diritti della categoria *B*; diritti non facoltativi, soggetti alla prescrizione estintiva.

c) *Però fra i diritti non soggetti a usucapione ve n'ha di quelli che non sono diritti facoltativi*; tali ad es. le servitù negative e le affermative discontinue, i diritti di obbligazione ecc.

Raffrontando questi tre postulati, riesce dimostrato che se alla categoria dei diritti facoltativi si conservano le

---

WINDSCHEID (Vol. II. § 167 pag. 115) nega che « la proprietà « consti di una somma di singole facoltà; che sia una riunione di facoltà. La « proprietà è la pienezza del diritto sulla cosa e le singole facoltà, che in « essa vanno distinte, non sono che estrinsecazioni e manifestazioni di questa « pienezza »; il che parrebbe contraddica alla analisi nostra, ma ciò in realtà è, perchè noi non vogliamo ora definire il *diritto di proprietà*, ma solo studiare come rispetto ad esso funzioni l' istituto sinteticamente designato come: usucapione del diritto di proprietà.

(1) V. MIRABELLI: (*Prescriz. n. 254*); PUGLIESE: (*Pr. Acq.* § *29*).

(2) V. PUGLIESE: (*Pr. Acq.* § *31*).

caratteristiche poste nella prima parte del nostro lavoro, la categoria stessa non *ha alcun significato sistematico* rispetto all' istituto della usucapione: Per attribuirglielo, sarebbe necessario creare fra diritti facoltativi e non facoltativi una *nuova distinzione, con nuove caratteristiche*, il che non pare nè utile, nè opportuno, giacchè non è proprio il caso di crear nuove distinzioni che portin confusione invece di chiarezza. Esaminiamo però quale via abbiano seguìto quegli scrittori che si occupane delle *res facultatis* in tema di usucapione.

Cenno storico.

§ 25. — In varii modi, diversi fra di loro, gli scrittori intesero la relazione tra la dottrina circa le facoltà e l' istituto della usucapione.

a) Da molti giuristi, specie del secolo XVI (1), in forza di una vera aberrazione giuridica, si dissero *atti facoltativi* le *servitù negative*, le quali invece son diritti *non facoltativi* e hanno anzi per contenuto la *negazione di una facoltà spettante ad altri*: ad es. la servitù *altius non tollendi* non è che la contraddizione della facoltà spettante al proprietario di elevar quanto vuole l'edificio suo.

Da questi scrittori si dissero non usucapibili *gli atti facoltativi* — (nel senso veduto) — a meno che non concorrano la contraddizione, l'acquiescenza ecc. Ma di ciò discorremmo già al § 7.

b) Altri scrittori, benchè non cadano nella aberrazione or ora accennata, seguono l' identico processo logico nel riferire il concetto della usucapione ai diritti facoltativi. Essi ad esempio argomentano: andare a macinare in un molino piuttostochè nell'altro è atto di pura facoltà. *Quindi* il proprietario del molino a cui Tizio si fosse continuamente rivolto pel tempo atto a prescrivere non usucapisce

(1) V. retro a pag. 19.

il diritto a che Tizio debba sempre servirsi presso di lui (1). Ma è agevole notare come qui il legame fra la *facoltatività* del diritto ed il *fenomeno della usucapione* è solo apparente. Non si discute infatti se sia o no usucapibile la *facoltà* di andare a quel molino che meglio piaccia: si discute se sia o meno usucapibile un diritto *contrario alla facoltà*, — servitù od obbligazione — vale a dire il diritto nel mugnaio a *che l'altro si serva da lui*, astenendosi dall'esercitar il diritto facoltativo consistente nel poter giovarsi dell'opera di chi meglio aggrada. È l'istesso fenomeno che si verifica nel caso or ora veduto: in realtà, ripetiamo, anche in questa seconda ipotesi, la questione della usucapione non tocca direttamente il carattere di *facoltativo o no* che un diritto possa presentare.

c) Altri disse chiaro e netto NON POTERSI ACQUISTAR PER USUCAPIONE UNA FACOLTÀ, riferendo così *direttamente alla facoltà* il problema della usucapibilità. Ma in questi casi non si parlava delle *vere facoltà*: alla parola « facoltà » si dava un SIGNIFICATO NUOVO. Si diceva: Ciò che si fa per mera facoltà, vale a dire per mera concessione, vale a dire ancora, in via MERAMENTE PRECARIA, non

---

(1) Così ad esempio argomenta BALBO (l. c. quaest. 5) dopo aver detto sull'autorità di CINO, BARTOLO, e degli altri dottori. « *Ex his quae sunt* « *merae facultatis vel ex his quae gratuite conceduntur non potest dici* « *acquisitum ius nec praescriptio causata nec per his nascatur in futurum* « *obligatio* », con che sembrerebbe che il problema della usucapibilità colpisca direttamente il carattere di facoltatività del diritto.

V. anche LEYSER (l. c. § III. e IV.): « *in rebus merae facultatis adquiritur possessio per prohibitionem si alter in ea adquiescat* ». Un caso specialissimo vien proposto da SAVIGNY (IV. § 199) sulle traccie di PUFFENDORF, THIBAUT e PFEIFFER: se il continuato esercizio di una *res merae facultatis* (ad esempio l'essersi gli abitanti di un villaggio serviti sempre presso un determinato negozio; avere una famiglia goduto per più generazioni uno stabile in affitto) possa dar luogo alla prescrizione IMMEMORIALE, in favore del negoziante e dell'affittuario, del diritto di continuare nello statu quo. Al che SAVIGNY risponde negativamente perchè invece *di un vero possesso*, presentantesi come l'esercizio di un diritto, si tratta di un godimento eventuale ed arbitrario.

può costituire possesso ad usucapionem. Così ad esempio DUNOD (1) la di cui trattazione ha grande importanza per la nostra questione, come si vedrà in appresso.

d) In un altro modo, frequentissimo, parlandosi delle *res facultatis*, il discorso cade sulla usucapibilità di esse.

Come abbiamo notato, nessun diritto facoltativo può acquistarsi per usucapione. Ecco quindi DUNOD in forza sempre della errata generalizzazione che della prescrizione estintiva e della acquisitiva fece due branche di un medesimo istituto, dopo aver detto discorrendo della facoltà di usare delle COSE PUBBLICHE, « *on ne perd pas la liberté de se servir de ces sortes de choses quoique onn'en use pas* », trascorrere a dire immediatamente « ET L'ON N'ACQUIERT PAS LE DROIT D'EN USER D'EXCLUSION DES AUTRES QUOIQUE ON EN USE SEUL (2). Con questa seconda affermazione si esce dal campo della prescrizione estintiva e si entra in quello della *acquisitiva*, ma è evidente che non si volle trasportare in questo secondo campo la trattazione generale degli atti facoltativi accolta pel primo. È semplicemente un errore di metodo che non tocca la

---

(1) BALBO (*l. c. quaest. 1*) per ispiegare che non si può usucapire il diritto di essere ospitato in casa di un amico, dice, generalizzando: « *Si* « *aliquis per viam merae et gratuitae facultatis aliquid sit solitus conce-* « *dere, per hoc non obligatur perseverare, ac si formata esset consuetudo* ». DUNOD (*l. c. p. 81*) dice che la *vaine pâture* « *riguardata come una facoltà* » non potrebbe per quanto antica formare un diritto tale da impedire ai proprietarii di chiudere il loro fondo ecc. perchè « *l'on en use que* « *par faculté et par la permission tacite du proprietaire* »; perchè, come dice altrove, l'esercizio della *vaine pâture* è considerato come fatto « PAR FACULTÉ ET PRECAIREMENT ».

Solo COCCEIUS SAMUEL, che ci consti, riferì la usucapibilità propriamente ai diritti facoltativi, quando disse brevissimamente (*Juris civilis cotrov. Parte II. lib. 41 tit. III. Quaest. 13*) *An res merae facultatis* USUCAPI VEL PRAESCRIBI *possint:* « *ita dici possunt: I. res quae non tangunt ius alterius sed nostrum uti nuda facta, in se spectata, sine re, uti ridere edere etc. et sic nec usucapi possunt; — II. res quae transferri quiden in alium et possideri ab alio possunt, atque praescribi, sed animus possidendi non est, et ideo non praescribuntur* ».

(2) DUNOD: *p. 81. Vedi analogamente a pag. 88 stessa opera.*

essenza della dottrina delle *res facultatis*. Errore spiegabile del resto quando si pensi che da BALBO a DUNOD, e a LAURENT si continuò ad annoverare nella stessa *categoria* di imprescrittibilità le cose pubbliche, nel senso che non sono usucapibili, e le facoltà, nel senso che non si possono perdere per non uso. Nella dottrina moderna quest' ultima si può dire sia la principale forma colla quale l' istituto della usucapione entra nella teoria delle res facultatis.

***

Questa breve indagine storica (1) adunque è la conferma del principio assunto da noi come dimostrato sin dalle prime pagine del nostro lavoro, che cioè l' istituto della usucapione toccò solo superficialmente e quasi per incidenza la teoria delle *res facultatis*: questa nel suo svolgimento storico e nella trattazione positiva trasse e deve trarre la propria essenza esclusivamente dall' istituto della prescrizione estintiva.

Con ciò sarebbe esaurita la 2.ª parte del nostro studio se non vi si presentasse una questione di diritto positivo.

Questione di diritto positivo.
L'art. 2232 del C. Civ. Fr. e l'art. 688 del Codice Italiano

§ 26. — Il legislatore francese, nel capo del POSSESSO, dopo aver posto nell'art. 2229 i requisiti del possesso legittimo e negli art. 2230 e 2231 le presunzioni possessorie, stabilì nell'art. 2232 (Traduzione ufficiale):

---

(1) Non è sufficiente limitarsi ad affermare, come fa il PUGLIESE (vedi retro § 7 pag. 28 *nota*) che la categoria delle facoltà è inutile in tema di usucapione perchè cerca ragioni di usucapibilità là dove manca la *res habilis* od il possesso.

Così MERLIN, il quale però s' accontenta di porre l'art. 2232 tra parentesi in principio della trattazione; — BÉLIME, BIOCHE e BARATONO i quali tutti fanno la *trattazione generale delle res facultatis* in materia possessoria ad occasione dell'art. 2232-688, senza neppure avvedersi della difficoltà di porla in relazione coll'articolo stesso. Così dicasi del GAUTIER, il quale intitola la sua trattazione: « Sens juridique du mot faculté dans l'art. 2232 du Code « Civil » e dopo aver definito ciò che egli intende per facoltà, s'accontenta di dire: « quant aux actes de pure « faculté de l'art. 2232, ils ne sont autre chose que l'exer« cice de ces facultés ou droits facultatifs. »

A costoro si possono aggiungere BAUDRY-LACANTINERIE, AUBRY et RAU in quanto dicono che alcune *vere facoltà* sono imprescrittibili a sensi dell'art. 2232.

Contro questi autori sta quanto dicemmo più su (§ 24 pag. 83) per dimostrare che l'art. 2232 si riferisce *esclusivamente alla prescrizione acquisitiva.* Non è il caso di aggiungere altro.

Seconda opinione

§ 28 — Una seconda categoria di scrittori s'avvide dell'errore, cercando, ma invano di porvi riparo.

TROPLONG aveva parlato delle *res facultatis* dal punto di vista della prescrizione estintiva commentando l'articolo 2226. Giunto all'articolo 2232 tratta: « des actes de « pure faculté considérés dans leur rapport avec la pre« scription d'acquérir ». Per ciò fare si richiama alla trattazione generale precedentemente fatta. Ma in realtà si limita a considerare il solo caso della *facoltà di usare delle cose pubbliche:* riferisce un passo di DUNOD:

« La possession de pure faculté est celle que nous « exerçons non pas en vertu d'un droit que nous soit « propre, mais en vertu d'une destination naturelle de la

« chose qui appartient á tous ou á plusieurs » (1) è continua: « Que pourrions nous acquérir en nous livrant á ces « actes? Le droit de nous servir de la chose faisant partie « du corps communal ou national? Mais nous l'avons « déja et les actes dont il s'agit n'en sont que la manife« station. Le droit d'autrui? Mais il est imprescriptible « et le non usage n'en saurait faire perdre le principe. « D'ailleurs quand nous faisons ces actes nous n'entendons « pas agir comme propriétaires exclusifs et nous substituer « au corps moral qui en est le veritable maître ». Null'altro aggiunge.

WODON (2) si richiama a TROPLONG.

MARCADÉ pure, dopo la trattazione generale delle *res facultatis* fatta commentando il 2226, a proposito del 2232 dice quanto disse TROPLONG; riporta lo stesso passo di DUNOD, e conchiude: « Ces actes n'ètaient pas accomplis « par moi á titre de propriétaire exclusif, ils ne sauraient « donc quelque temps qu'ils durent, faire passer la chose « du domain public dans mon domain privé. »

Anche VAZEILLE (3) aveva detto che le *res communes le res publicae* « ne fondent pour les personnes, d'aprés les « termes mêmes de l'art. 2232, ni possession, ni prescription. »

LEROUX DE BRETAGNE (4) a proposito dell'art. 2232 richiama in generale le facoltà derivanti dalla natura o dalla legge e quelle che si esercitano in virtù di un diritto che appartiene a tutti gli uomini, e dice che « les « actes par lesquels se manifestent ne peuvent pas non « plus conduire à la prescription d'acquérir. » Ma passando alle esemplificazioni, sceglie solo casi che rientrano nell'*uso delle cose pubbliche*.

---

(1) DUNOD (pag. 80) continua: « et comme membres de l'universalité « qu'en est maîtresse. Tels sont le passage que j'excerce sur un chemin, « la prise d'eau que je fais á une fontaine publique, le pâturage de mes « bestiaux sur le terres communales etc. »

(2) WODON (*Tr. de la poss.* § *36*).

(3) VAZEILLE: (*Prescr. capo II.* (Del Possesso) *n. 59*).

(4) LEROUX DE BRETAGNE: (*Vol. I. n. 308*).

Anche LAURENT (1) limita l'applicabilità dell'articolo 2232 al caso in cui si parla di cose « affectées á « l'usage de tous ou des habitants d'une communauté; « celui qui en use n'acquiert pas le droit d'en user à « l'exclusion des autres quoiqu'il en use seul. »

E così pure il nostro RICCI (2) spiegando l'art. 668 ne restringe il contenuto alle facoltà rientranti nell'uso delle cose pubbliche.

Terza opinione

§ 29. — Una terza categoria di scrittori contempla anch'essa la dottrina tradizionale delle res facultatis in relazione all'istituto della usucapione, ma viene ad una soluzione diversa da quella della seconda.

La regola del 2232 si tradurrebbe così: « Colui che si « giova indirettamente dell'inazione di un'altra persona « che si astiene dal fare atti di pura facoltà non può pre- « scrivere contro di essa all'oggetto di acquistare il diritto di « compiere questi atti per l'avvenire » (sin qui MOURLON) « oppure il diritto di impedire all'altro di compiere ancora « o di compiere in modo diverso quegli atti. » E così pure spiegano DURANTON, PACIFICI MAZZONI, SCIALOIA, LUPARIA, COVIELLO, VITI, LOMONACO (3).

---

(1) LAURENT (*Prescription vol. 32. n. 296*).

(2) RICCI: (*Vol. 5. n. 58*).

(3) MOURLON: (*Répet. crites sur le Code Nap. art. 2232*). DURANTON: (*Vol. 21. n. 235*): « L'absence des actes (facultatifs) de notre part ne fonde « pas *pour l'adversaire possession, prescription,* pas plus que le fait de les « avoir exercés ne fonde pour nous une possession qui menerait á la pre- « scription pour l'empêcher de faire ce que le droit l'autoriserait á faire ».

SCIALOIA (*Comm. al cod. Sardo di Proced. Civ. — Azioni possessorie — n. 821 e seg.*) « ...nessuno potrà indurre da quel non fare la tal cosa o « dal farla in tal modo, il possesso suo e quindi la prescrizione che gli con- « ferisca il *diritto di impedire* che io la faccia in seguito o la rifaccia « altrimenti. » *(segue)*

Critica della II. e della III. opinione

§ 30. — Secondo la *terza teoria* quando il legislatore disse: Gli atti facoltativi non possono servir di fondamento alla usucapione (1) intese dire: « quando alcuno si vale del diritto suo di non esercitare l'atto facoltativo, *colui cui questo non uso riesce vantaggioso* non può usucapire il diritto di goder per sempre questo vantaggio, *vietando all'altro di esercitar* per l'avvenire l'atto stesso ».

Nulla v'è negli atti preparatorii del Codice francese in sostegno d'una simile interpretazione. Essa è, a nostro avviso, inaccettabile. Anzitutto, a che scopo una statuizione simile, dal momento il legislatore ha già determinato in modo positivo quali diritti si possono usucapire e quali requisiti sono necessari a questo fine?

Luparia: (*Az. Possess.* § *IV. n. 44*) « Essendo necessaria per un « possesso qualunque l'intenzione di possedere, essa non è presumibile.... in « chi sa che se il vicino si astiene dal fare un'opera; per esempio di innal- « zare una fabbrica... »

Pacifici Mazzoni: (*Ist. di diritto Civ. Vol. III., n. 179*). Egli porta anche l'esempio dell'uso delle cose pubbliche, ma aggiunge: « il godi- « mento di vantaggi che l'un vicino potrà ritrarre dall'astenersi l'altro dal « fare tali atti (es. edificare sul proprio suolo) *non costituisce per colui pos-* « *sesso del diritto di inibire* a questo l'edificare, ecc. »

Coviello Leonardo: *l. c.*: L'art. 688 si limita a concepire gli atti facoltativi in rapporto alla prescrizione acquisitiva « e contempla il possesso « non rispetto a chi li esercita, o se ne astiene, ma in rapporto a colui che « a causa del non uso verrebbe ad acquistare un diritto contrario. »

Viti: (*Azioni. V. I. p. 568 n. 426, in tema di possesso equivoco*) « Gli « atti facoltativi sorgono dalla facoltà di fare o non fare una data cosa sul « proprio fondo, quindi *il vicino non potrebbe pretendere un diritto qual-* « *siasi da non esercizio* di una facoltà, ad esempio una servitù altius non « tollendi ».

Lomonaco: (*Possesso III. Parte* § *48*). In questo autore è notevole la promiscuità della trattazione per la prescrizione estintiva e per la acquisitiva.

(1) Per brevità e chiarezza ci limitiamo in questa discussione a considerare solo l'effetto più importante del possesso legittimo di cui dice l'articolo 688: *l'usucapione*.

Inoltre: le più elementari regole dell'ermeneutica legale ci impongono di ritenere che nell'art. 688 il *vizio* — diciam così — *della facoltività* (*vizio tale da impedire il sorgere di un possesso legittimo*) deve affettare gli atti compiuti da *colui che vuole usucapire*, e non quelli di colui *a danno del quale si usucapirebbe.* Infatti, se la II.[a] parte dell'articolo non può essere parafrasata altrimenti che così: *Tizio non può usucapire perchè* IL SUO POSSESSO *consta di atti di mera tolleranza,* di necessità si deve analogamente parafrasare la I. parte: *Tizio non può usucapire perchè* IL SUO POSSESSO *consta di atti facoltativi* (1). Invece secondo la opinione che combattiamo, *la facoltatività* degli atti verrebbe riferita non al possesso di chi intende usucapire, ma agli atti -- sia pur negativi -- di colui a danno del quale si dovrebbe usucapire, di modochè essa non sarebbe più CAUSA (come invece vorrebbe l'art. 688) della impossibilità a prescrivere, ma semplicemente un fenomeno COINCIDENTE colla imprescrittibilità, in quanto si dovrebbe pur sempre ricercar la ragione di questa nelle altre disposizioni di legge che, trattando della usucapione, dicono quale debba essere il possesso di chi intende usucapire.

Respingiamo adunque la III.[a] opinione, la quale poi da un lato — come dicemmo — non trova alcun appoggio nei lavori preparatorii del codice, e dall'altro non è neppure sostenuta *ex professo,* ma solo enunciata in modo assiomatico da coloro che la accettano. Posto adunque che per l'art. 688 la facoltatività degli atti deve affettare *il possesso di chi intende prescrivere,* ed essere essa CAUSA DELLA IMPRESCRITTIBILITÀ, a questa esigenza parrebbe a prima vista risponda la II.[a] interpretazione. Infatti a Tizio si riferisce *l'atto facoltativo* (uso delle cose pubbliche) ed

(1) La evidente identità del processo logico che lega gli atti meramente facoltativi e quelli di semplice tolleranza, emerge meglio dal testo originario francese: « Les actes de pure faculté et de simple tolérance »; non « et ceux de simple tolérance ». Così dicasi per la traduzione ufficiale latina « actus facultatis et indulgentiae. »

a Tizio si riferisce il *problema della usucapione* così formulato: È possibile usucapire il diritto di escludere gli altri dall' uso delle cose stesse? Al che si risponde negativamente.

Ma neppur qui la *causa* vera della imprescrittibilità risiede nella facoltatività del possesso.

Infatti il concetto della *facoltatività dell'atto*, fissato dalla teorica tradizionale e dalla moderna, si esaurisce secondo quanto vedemmo nella I.ª parte del nostro lavoro, nel principio; « Tizio può usare e non usare a suo piacimento delle cose pubbliche senza correre il pericolo di « perdere questo diritto in seguito a non uso; » invece perchè sorga il problema della usucapione si deve ricorrere ad un concetto che è *indipendente* dal primo: « Tizio « ha usato già per un certo tempo delle cose pubbliche « e ne ha usato ad esclusione degli altri. Può egli usu- « capire? »

E la causa della impossibilità di usucapire risiede — come rileva lo stesso WODON (loc. cit.) — non nella *facoltatività dell'atto*, che, si ripete, non entra in considerazione, ma in un principio regolante il possesso delle cose extra commercio e codificato nell' art. 2113 C. C. it. e 2226 Cod. fr. — Ma un' altra difficoltà si può addurre contro questa II.ª interpretazione: L' art. 688 parla di *atti facoltativi* in generale. Ora, la opinione che stiamo discutendo, se formalmente riferisce all'art. 688 il concetto di facoltatività dell'atto quale fu fissato dalla tradizione scientifica, sostanzialmente però — senza che gli scrittori sembrino avvedersene — arbitrariamente restringe l'applicazione dell'articolo ad una sola delle infinite facoltà, al DIRITTO DI USO DELLE COSE PUBBLICHE.

Dobbiamo quindi rifiutare anche questa interpretazione, la quale del resto come la precedente non trova alcun suffragio nei precedenti storici del codice.

Altre interpretazioni. — Critica

§ 31 — Ma altre interpretazioni si proposero da vari autori. Il BAUDRY LACANTINERIE (1) fonde la seconda e la terza interpretazione: se l'atto facoltativo è NEGATIVO (es.° per 30 anni mi astenni dal fabbricare sul mio) « *on n'a rien possedé contre moi et par conséquent on ne* « *peut m'opposer aucune prescription* ». Se l'atto invece è POSITIVO, argomenta nel solito modo: « Se ho usato delle cose pubbliche, ne ho usato, non a titolo di proprietario esclusivo, ma come membro della comunità, e quindi non posso *usucapire il diritto di usarne da solo* ». Di questa strana fusione non è il caso che ci occupiamo.

Il PONCET (2) vide che *la ragione della impossibilità d'usucapire deve risiedere nel carattere di facoltatività che affetta gli atti di chi intende usucapire.* Ma volle collegare questo concetto colla teoria generale delle *res facultatis* considerate, come dice lui, *dal punto di vista passivo* (della prescrizione estintiva). Secondo lui l'art. 2232 si riferisce solo agli atti a mezzo di cui ci serviamo delle cose che ci appartengono in piena proprietà, delle cose comuni, delle cose pubbliche.

La regola del 2232 « *entendue au point de vue actif ainsi qu'il parait naturel* », significa che *usando di una facoltà che ci appartiene per anche più di trent'anni, non sapremmo acquistare alcun diritto nuovo.* Ad es.° da più di trent' anni ho fabbricato sul mio fondo, ciò che era in mia facoltà; orbene « *je n'ai pas acquis le droit de m'opposer à ce que le voisin construise pareillement sur son héritage* ». Così pure passando sul fondo, gravato a mio

---

(1) BAUDRY-LACANTINERIE: (*Précis de droit Civil Vol.* III *N.* 1618) Vedemmo come per altro verso questo stesso autore segua gli scrittori della Iª opinione.

(2) PONCET: (*op. cit. a pag. 25 n. 2*).

profitto di una servitù di passaggio « *j'use de cette servitude, je n'en « acquiers pas de nouvelles* ». L'assurdità evidente di questa interpretazione mostra ancor una volta come, ricorrendo alla dottrina tradizionale delle *res facultatis*, non si possa in alcun modo determinare che cosa sia veramente la facoltatività degli atti agli effetti dell'articolo 2232-688.

ANTONIO SCOTTI, ripetuto alla lettera da CARLO SCOTTI (1) fa una argomentazione in cui in verità non sappiamo racappezzarci. Neppure il CHIRONI ci pare esauriente (2). Il PUGLIESE (3), sempre per l'errore di aver considerata la dottrina tradizionale delle *res facultatis* come creata in relazione alla usucapione, giunse a proposito dell'Art. 688 ad una conclusione non soddisfacente. Per lui gli atti facoltativi dell'Art. 688 sono gli atti che *dipendono dall' esercizio* di una delle facoltà le quali egli raggruppò così :

---

(1) ANTONIO SCOTTI : « Il nostro Codice Civile colla formola: atti me-« ramente facoltativi ha posto in rilievo l'importantissima distinzione fra le « FACOLTÀ e gli ATTI che ne dipendono. Le facoltà costituiscono l'essenza « dell'uomo e la sua capacità civile, per conseguenza sono personali, inalie-« nabili nè suscettive di rinuncie o vincolo giuridico giacchè nessuno può « dismetter l'esser suo. Ma gli ATTI che provengono dalle facoltà non sono « da confondere con queste. Le facoltà al loro esercizio producono dei fatti « i quali generano dei diritti appunto perchè ponno impegnare e mettere in « corso l'interesse dei terzi. In questo ambito nulla di più giusto che gli « atti provenienti dalle facoltà sieno colpiti da prescrizione, attesochè essi « pongono in giuoco l'interesse dei terzi, ne intaccano la sfera d'influenza « e creano l'azione e l'eccezione. Fino a che l'esercizio di questi fatti « provenienti dalle facoltà si circoscrive sopra se stesso e non sopra gli altri « siamo nel campo degli atti meramente facoltativi non suscettibili di pos-« sesso perchè imprescrittibili ».

CARLO SCOTTI: (*Manuale di Diritto Civ. italiano Vol. I n. 1313*).

(2) CHIRONI : (*Istituz. I* § *123 pag. 195*): « L'animo che necessita « per dare legittimità al possesso non esiste negli atti facoltativi benchè « dall'esercitare il diritto in un modo meglio che nell'altro non deve argo-« mentarsi il non esercizio di esso; e FACOLTÀ è atto che è posto in esercizio « del diritto, sebbene il non farlo punto pregiudichi l'esistenza del diritto « stesso. »

(3) PUGLIESE : (*Prescrizione acquisitiva n. 134*).

1.° Cose o diritti che non si perdono malgrado un lungo disuso (diritto di proprietà coi suoi attributi).

2.° Cose che non si acquistano da chi ne abbia fatto anche per lunga pezza un uso esclusivo (cose comuni e pubbliche).

Il PUGLIESE non spiega *come* tutto ciò rientri nella dizione dell' art. 688, solo osserva che « *non costituiscono un possesso legittimo nè gli effetti derivanti dall' esercizio che degli atti facoltativi abbia fatto il titolare, nè il vantaggio che in difetto di tale esercizio altri ne abbia per avventura provato* ». Pare quindi che il PUGLIESE coincida col BAUDRY fondendo la II e la III interpretazione.

Il MIRABELLI (1) dice : « *Non è necessaria un'apposita* « *trattazione degli atti facoltativi che non ponno servire* « *di fondamento alla prescrizione secondo l'art. 688. L'ele-* « *mento essenziale del possesso legittimo che fa acquistar* « *la proprietà o il diritto per mezzo della prescrizione è* « *quello della detenzione o del godimento animo rem sibi* « *habendi, l' atto facoltativo è la negazione del diritto in-* « *dividuale esclusivo ; per cui la teorica della possibilità* « *del possesso legittimo rende inutile il discorso delle fa-* « *coltà comuni che si hanno* COME UOMO E COME CITTA- « DINO : *delle facoltà concesse poi a tutti i proprietari* « *come tali nell' interesse generale abbiamo ragionato se-* « *condo che è occorso nei luoghi opportuni* ». Con ciò viene a dire che l' art. 688 in quanto, com' egli ammette, si riferisca alla dottrina delle vere res facultatis è superfluo.

Ciò dicemmo anche noi. Ma non ispiega il MIRABELLI (ed è invece quel che più ci importerebbe sapere) *come* egli faccia rientrare tutto quel contenuto nell'art. 688.

---

(1) MIRABELLI: (*Prescriz.* § *282*).

Nostra interpretazione.

§ 32. — Si è già veduto come siano errati o deficienti i tentativi fatti dai più illustri giuristi francesi ed italiani per collegare l'art. 2232 cod. fr. e 688 cod. it. colla teorica tradizionale delle *res facultatis*.

Ma sarebbe bastata una semplice osservazione per mostrare il difetto fondamentale di simili tentativi.

La categoria delle *res merae facultatis* nella tradizione e nel diritto positivo si compone di *diritti*, dei quali molti esplicheranno il loro contenuto, come dice TROPLONG, per mezzo di *puri fatti*, ma i quali ad ogni modo sono veri e propri DIRITTI SOGGETTIVI (Vedi retro § 8).

Invece l'art. 688, riferentesi alla usucapione, non può riguardare che dei semplici STATI DI FATTO, che *non sono diritti*, che solo *tenderebbero a divenire tali* col procedimento della usucapione, se non lo vietasse l'art. 688, qualificandoli per *facoltativi*. Nell'art. 688 non si tratta quindi, come nella teorica delle *res facultatis*, di diritti, ma di semplici POSSESSI; epperò non potrebbe più usarsi la denominazione di *diritti facoltativi*, ma solo quella di *atti facoltativi*. È un errore quello di TROPLONG (prescr. § 382) che dal considerare siccome vedemmo, il diritto di uso delle cose pubbliche come contenuto dell'art. 2232, è tratto a dire nel commento di questo articolo: « *Les actes de pure* « *faculté impliquent l'idée d'un droit.* »

Questa differenza sostanziale ci permette di affermare sin d'ora che la FACOLTATIVITÀ DI CUI ALL'ART. 688 NON HA NULLA DI COMUNE COLLA TEORIA STORICA DELLE RES FACULTATIS, COME NON LO POTÈ AVERE NELLA MENTE DEL LEGISLATORE.

***

Ma, coll'aver rotto ogni nesso tra l'art. 688 e la categoria delle res facultatis dovremo noi esser tratti a dire col SALVIOLI (1) che « *L'art. 688, inutile nel suo contenuto dovrebbe essere abolito* » ?

No. Queste soluzioni radicali in diritto positivo non sono accettabili.

Dobbiamo quindi ricercare se non vi sia uno *stato di fatto*, un *possesso*, incapace di portare alla usucapione del diritto corrispondente, per un vizio che si possa definire come « *facoltatività* » dell'atto in cui il possesso si configura.

Se questa ricerca approderà a qualche risultato, avremo risolto il problema, giacchè la soluzione nostra risponderebbe alle esigenze di ermeneutica contro le quali abbiam visto urtare le opinioni avanzate della generalità degli scrittori.

Così, ad es. si rispetterebbe la necessaria identità di processo logico fra la I e la II parte dell'art. 688. Tanto nell'un caso come nell'altro si avrebbero degli stati di fatto tendenti a divenir *diritti*, ma ostacolati nel loro cammino da due vizii — la *facoltatività* nell'un caso, la *tolleranza* nell'altro.

***

Secondo noi nell'art. 2232 C. fr. - 688 C. it. la parola *facoltà* fu presa nel SENSO VOLGARE, COMUNE: Come si si disse: « gli atti compiuti a danno d'alcuno per *mera tolleranza* di costui non possono farci usucapire il diritto di compierli, così si disse: « Gli atti *compiuti in danno*

(1) SALVIOLI: (*Op. cit. p.* 19).

d'alcuno in base alla FACOLTÀ DI COMPIERLI CONCESSA *da costui*, non possono condurre alla usucapione del diritto corrispondente ». Vediamo quali argomenti specifici suffraghino il nostro asserto.

a) Come abbiamo di già accennato, alla dizione dell'art. 2232 Cod. francese : « *actes facultatifs* », più tardi si sostituì la dizione « *actes de pure faculté* ».

Questa mutazione fu evidentemente fatta a scopo di maggior chiarezza, (1) e la nuova locuzione meglio dell'altra risponde al nostro concetto.

b) Nel progetto originario di codice della Commissione Governativa Francese, l'art. 2232 parlava solo di *atti di tolleranza*. Nella redazione definitiva invece si aggiunse anche la menzione degli *atti di pura facoltà*. E dai lavori preparatorii non risulta che a questa innovazione si sia data una importanza purchessia.

Questo fatto dimostra, se non altro, questo, che nella mente del legislatore fra il contenuto degli *atti di tolleranza* e quello degli *atti facoltativi* dell'art. 2232, vi deve essere *grande affinità*. È ammissibile che colla dizione « atti di pura facoltà » si sia introdotta nell'articolo una materia *nuova* (come sarebbe avvenuto secondo ciascuna delle interpretazioni da noi combattute), senza che questa innovazione sia stata largamente discussa? Invece, si ripete, non v'è neppure una parola che accenni ad innovazioni di simil genere.

c) Di grave importanza son gli accenni, già da noi riferiti (Vedi retro pag. 88 **d**) degli antichi giuristi, e specialmente di DUNOD — che fu il più diretto ispiratore del Cod. Francese quanto alla prescrizione — intercalati nella trattazione delle vere RES FACULTATIS : DUNOD (2)

---

(1) Data invece la interpretazione da noi combattuta, si deve dire con TROPLONG che « on ne voit pas le motif de ce changement ». (*presc.* § 381 *nota 3*).

(2) DUNOD: (*da pag.* 80 *a pag.* 86) — DUNOD, prima di ritornare alle vere *res facultatus* fa la completa trattazione degli atti di famigliarità (di tolleranza).

afferma che non possono portare alla usucapione gli atti compiuti « *par faculté et par la permission tacite du pro-* « *prietaire* ». Questa è la genesi storica dell'art. 2233.

Per consentimento unanime *atti di tolleranza* son quelli che si intendon fatti in base a *tacito permesso del proprietario.* Ecco dunque in DUNOD, come spesso negli scrittori suoi contemporanei, messi a paro gli atti di mera facoltà e quelli di semplice telleranza. DUNOD anzi non fa veruna distinzione tra gli atti compiuti per *facoltà* e quelli compiuti in seguito a *tacito permesso* (atti di tolleranza) giacchè dice che si intende fatta *per pura facoltà* l'occupazione temporanea del fondo del vicino per girar l'aratro; il passare sul fondo vicino non per diritto di servitù, ma, ad es., per abbreviare il cammino: Possessi di questa natura, benchè allora fosse ammessa l'usucapione delle servitù discontinue, non potevano condurre alla usucapione del diritto corrispondente. Ma questi, che DUNOD chiama casi di *facoltà,* sono nella tradizione giuridica i casi tipici di *atti di tolleranza* (Vedi TROPLONG sull'art. 2232). Tale identificazione che gli antichi autori facevano tra atti di tolleranza o di famigliarità e atti di facoltà, è notata da TROPLONG (*Prescrip.* § 282) che la combatte; ed è rilevata anche dal WODON quando dice che dall'avere gli antichi autori considerata la *vaine pâture* « *comme une simple faculté ou tolérance* » e dal carattere che essa presenta *di revocabilità* per mezzo della chiusura del fondo, ad essa soggetto, per parte del proprietario, derivò l'opinione (secondo il WODON (1) erronea, ma stata accolta da CURASSON, HENRYON DE PANSEY e da parecchi giudicati) che la vaine pâture e il *droit de parcours* sono *semplici facoltà* che non posson generare nè possesso nè prescrizione; e non *servitù* vere e proprie, con questo di speciale però che esse periscono in caso di chiusura del fondo.

d) Ma l'argomento più importante in favore della nostra interpretazione ci viene offerto dai lavori preparatori

(1) WODON: *Tr. de la possess.* II § 541 e 542).

del Codice Francese. Questi non solo non recano nulla in appoggio delle altre interpretazioni da noi combattute, ma contengono argomenti positivi in nostro favore, quanto ribadiscono il concetto ora accennato degli autori antichi, ed in ispecie di DUNOD.

Riportiamo tutto quanto si dice nei lavori preparatorii a proposito dell' art. 14 del titolo XX, divenuto poi nella redazione definitiva, l' art. 2232. — M. GOUPIL-PREFELN, incaricato di portare il voto del Tribunato al Corpo Legislativo, osserva: « *Disposition morale qui appelle les pro-* « *cédés obligeants. Combien de bons offices de voisinage* « *seraient refusés si une simple tolérance pouvait par le* « *laps du temps devenir un titre de servitude! Cette di-* « *sposition remplacera celle de la sage coutume de Nor-* « *mandie qui voulait que nulle servitude ne pût s'acquérir* « *sans titre* ». E cioè nessuna distinzione fa tra la I e la II parte dell'art. 2232 (prova evidente della unicità di contenuto tra le due parti dell' art. stesso) e ad ambedue indistintamente riferisce l'argomentazione dei rapporti de *bon voisinage* ecc.

Nella relazione di M. BIGOT PRÉAMENEU, nominato per presentare e discutere il titolo della prescrizione davanti al corpo legislativo, si dice: « *Les actes de pure* « *facultè, ceux de simple tolérance ne peuvent même pas* « *être considerés comme des actes de possession, puisque* « *ni celui qui les fait n'entend agire comme propriétaire,* « *ni celui qui les autorise n'entend se dessaisir* » (1).

Anche negli atti di pura facoltà si tratta adunque di atti che alcuno FA PER AUTORIZZAZIONE *di colui contro il quale, se non ostasse l'art. 2232, si potrebbe usucapire.*

---

(1) FÉNET: (*Traveaux Préparatoires pag.* 581 *vol XV.*)
VAZEILLE: (*Prescription N.* 60) ripete il passo di BIGOT *riferendolo solo agli atti di tolleranza.*

***

Sorge allora un problema: i due casi dell' art. 2232-688: *Atti di pura facoltà* ed *atti di tolleranza* sono identici fra loro in modo *assoluto?* — I precedenti storici (trattazione di DUNOD e dei suoi contemporanei); i precedenti legislativi, che non distinguono nettamente tra atti di tolleranza e di facoltà; l'originaria dizione francese dell'art. 2232 (vedi a pag. 90 nota 1) farebbero credere di sì. Non ha pregio la opposizione di TROPLONG (op. c. § 382) il quale — teoria già da noi combattuta — riattacca il concetto di atto facoltativo al diritto di uso delle cose pubbliche e con ciò nega la identità. — Ma la dizione del codice nostro: « gli atti facoltativi e *quelli* di mera tolleranza » rende preferibile una interpretazione per cui tra l'un caso e l'altro si noti alcuna diversità, cosicchè vi sia tra essi analogia, affinità anzi, ma non identità assoluta. Allora, accolta in massima la interpretazione nostra, una distinzione si potrebbe fare: mentre per *atti di tolleranza* si intendono universalmente atti, i quali per effetto del carattere di famigliarità onde son rivestiti, si *presumono dalla legge* come esercitati in virtù di una *tacita concessione* del proprietario a danno del quale essi si esplicano, intenderemo per atti di *pura facoltà* quelli che non andrebbero per sè stessi incontro alla presunzione *iuris* ora accennata, ma che pure essendo esercitati in virtù di una *concessione speciale, revocabile* del proprietario, per mera *autorizzazione* di lui, come dice BIGOT-PRÉAMENEU, non possono condurre alla usucapione.

Ma questa seconda ipotesi presenta esattamente la figura del possesso precario romano, incapace di produrre l'effetto della usucapione, il quale si ha, come definisce SAVIGNY (1), quando « alcuno accorda l'esercizio della

(1) SAVIGNY: (*il Dir. del Possesso Trad. Conticini* § 42).

« proprietà ad un altro, ovvero lo esercizio di una servitù « ma si riserva il diritto di revocare ad arbitrio questo « permesso. Il nome di cotesto rapporto è nato da ciò « che la permissione medesima vuol essere motivato per « mezzo di una preghiera : dessa però non è di necessità : « *anzi è bastante un permesso tacito* ».

Diremo adunque: atto, possesso facoltativo, corrisponde a possesso precario nel senso proprio del diritto romano. Quale la differenza tra esso e gli atti di tolleranza?

A tutta prima parrebbe doversi dire : gli atti di tolleranza son casi di precario tacito; — atti facoltativi saranno adunque i casi di precario romano espresso.

Ma questa contrapposizione tra precario tacito ed espresso non può farsi : gli atti di tolleranza, sono, è vero, casi di precario tacito, ma non sono *tutti i casi* di precario tacito. Essi costituiscono una categoria di casi, determinati nella tradizione giuridica, in cui, appunto per effetto di questa tradizione giuridica concorde, la tolleranza, la famigliarità è presunta. Invece potrebbero presentarsi casi cui questa presunzione non sia applicabile, mentre in essi la volontà tacita di costituire un precario emerga indubbiamente da circostanze speciali di fatto (1). Perchè non si dirà che questi son *atti facoltativi*, essendo, come vedemmo, ammissibile un precario romano tacito?

La differenza adunque fra *atti di pura facoltà* — o possesso precario nel senso romano — e *atti di tolleranza* — non va ricercata nel trattarsi di concessione *espressa* o *tacita*, ma nella esistenza o meno di quella *presunzione di diritto* — importante l'inversione dell' onere della prova — per cui certi determinati possessi, fissati dalla tradizione giuridica e dalla giurisprudenza, sono considerati come fatti *familiaritatis causa*, ossia, *per tolleranza* (2).

(1) CHIRONI: (*Ist. di Dir. Civ. Vol.* I § 123 *pag.* 195): « negli atti « di semplice tolleranza è presunta la concesssione a fare quel dato atto a « differenza del precario dove sarebbe manifesta ».

(2) In questo modo ci pare si possa conciliare il principio sancito dalla sentenza 11 Maggio 1885 della Cassaz. di Torino (*Legge* 1885. II. p. 604).

***

Per questa via la I.ª e la II.ª parte dell' art. 2232-688 vengono a considerare due casi di possesso di egual natura, diversi però nel loro modo di essere rispetto all'onere della prova, giacchè per gli uni la *tolleranza*, la *precarietà* è presunta, per gli altri no.

Che nel codice la locuzione *atti di pura facoltà* sostituisca quella di *possesso precario*, si comprende benissimo, giacchè nel codice francese, come nell'italiano, per possesso precario si intende non già il *precario romano*, ma in generale « qualsiasi forma di possesso esercitato *non animo domini* », il possesso ad es. del locatario, del depositario.

Nè si obbietti che — come osservò ad es. il WODON (1) — il principio per cui il precario romano non può portare alla usucapione trovasi già sancito nella generalissima disposizione dell'art. 2229 Cod. Fr. — 686 Cod. It. —

---

la quale vuole che al possessore cui si obbietti il vizio della famigliarità, della tolleranza del godimento incomba l' onere di provare aver egli posseduto *animo domini*, (con che la sentenza ammette che la tolleranza si possa presumere); e l' opinione del CHIRONI (*Quest. di dir. Civ. I*ª *pag. e seg.*) il quale, a proposito dell' accennata sentenza ritiene invece invocabile anche in quel caso la presunzione generale della legittimità del possesso di cui allo art. 687 Cod. Civ. cosicchè l' onere della prova incomberebbe a chi afferma essere il possesso viziato di tolleranza. — In tesi generale CHIRONI ha ragione; — ha ragione indubbiamente per tutti quei casi di precario tacito che noi dicemmo *atti facoltativi*. Ma a quei casi che nel diritto anteriore ebbero seco l' impronta indefettibile della *famigliarità, della precarietà* (p. es. il possesso del *tour de charrue*: si ricordi il brocardo: *inter vicinos non datur praescriptio*) e cui pensava il legislatore parlando di *atti di tolleranza*, perchè si dovrà nel diritto nostro negare quella istessa presunzione *iuris?* Non ha influenza l'aver dettato l'art. 688 subito dopo la regola della presunzione di legittimità del possesso, quasi fosse una eccezione a questa? Limitatamente a questi casi, ci par che la Cassazione abbia rettamente pronunciato.

Nel diritto moderno però, va notato, la disposizione dell' art. 630, in quanto si riferisce alle servitù discontinue, ha tolto gran parte della primitiva importanza all'argomento di quei casi speciali di precario romano che sono gli atti di mera tolleranza.

(1) WODON (*Trait. de la poss.* § 36).

per la quale fra i requisiti del possesso legittimo *havvi l'animo di tener la cosa come propria.*

Questo non è buon argomento di preferenza per le altre interpretazioni, meno naturali della nostra e la cui portata pure è ad ogni modo implicitamente contenuta in altre disposizioni di legge. Di simili, diremo così, ripetizioni, il Codice ne presenta moltissime: p. es. gli articoli 515 penult. capoverso 666 ecc. sono altrettante ripetizioni del concetto contenuto già nell'art. 2135 (V. nota a pag. 45); in una legislazione positiva simili *ripetizioni* sono non solamente inevitabili, ma forse anche utili.

Ad ogni modo esse sono certamente meno dannose, nel sistema giuridico, delle incongruenze logiche e sistematiche cui danno luogo le interpretazioni della I. parte dell'art. 688 prevalse sin' ora.

Una spiegazione storica del perchè di questa ripetizione, la si potrebbe vedere in ciò: nel diritto Romano i requisiti soggettivi del possesso legittimo si esprimevano dicendo: « nec vi, nec clam, nec precario »; conseguentemente il Codice Francese considerò nell' articolo 2232 il vizio del precario; e nel 2233 consecutivamente quello della violenza — E l' Italiano nel 688 pure il possesso precario; nel 689 il possesso clandestino e il possesso violento: parve cioè naturale ripeter nelle sue varie parti la massima romana, pur avendo già statuito il principio generale dell'art. 2229-686.

Concludiamo adunque: nell'art. 688 C. Civ. per *atti meramente facoltativi* si intende il possesso precario secondo la nozione che ne dà il diritto romano.

***

§ 33. — La interpretazione che noi propugniamo non è del tutto priva di appoggi dottrinali.

Il ROMAGNOSI (1) si chiede: « Forsechè coll' arti-

(1) ROMAGNOSI: (*Condotta delle acque. Vol. II; parte I. libro 2.° § 8*).

« colo 2232-688 sopra recato in cui si parla degli atti « *facoltativi e di semplice tolleranza,* (il Cod. Fr.) ha vo- « luto alludere al precario? A questa speciale interro- « gazione si risponde negativamente: gli atti qui contem- « plati sono propriamente quelli che diconsi di semplice « *famigliarità e non sono nè punto nè poco le facoltà* « intese dai giureconsulti col nome di precario ». Qui dunque si contraddice al riferimento da noi fatto al precario romano, ma coll' identificare negli atti di famigliarità, gli atti di pura facoltà e quelli di tolleranza, si afferma ad ogni modo il concetto nostro fondamentale che nell'art. 2232-688 si tratta solo di atti che si intendon fatti in forza della autorizzazione (prescindiamo ora se presunta o espressa) del proprietario.

E ASSUERO TARTUFARI (1): « Del tutto fuor di pro- « prosito si è l' appunto del LAURENT che sulla scorta « del MOURLON ricorre all'art. 2232 del codice francese « (art. 688 cod. ital.) e osserva gli atti facoltativi non « dare origine ad alcun possesso legittimo. Ma gli è « proprio guardar le cose al rovescio, avvegnachè le fa- « coltà delle quali discorriamo qui appartengono a chi « ne fa uso e *gli atti facoltativi di cui parla l'art. 2232* « *sono al contrario atti particolarmente autorizzati per con-* « *discendenza, famigliarità ecc.* dal proprietario della cosa « su cui gli atti medesimi si esercitano ». Il TARTUFARI non aggiunge altro.

Anche qui l' autore parte dallo stesso punto di vista da cui partiamo noi: solo mostra di credere che *atti facoltativi* equivalga perfettamente ad *atti di tolleranza* o *di famigliarità*.

ROMAGNOSI per dimostrare che il 2232 non allude al precario, invoca il passo già citato dalla relazione di GOUPIL PREFELN il quale, parlando dell'art. 2232 alluse solo ad atti di tolleranza; e un passo di MERLIN, il quale dopo aver detto che la *famigliarità* è una specie di precario

---

(1) TARTUFARI ASSUERO: *Effetti del possesso. Vol. 2.° N. 679.*

tacito, perchè si suppone un tacito consenso ecc., e che essa non può mai formare titolo per chi compie gli atti di famigliarità, conchiude dicendo che « *questa dottrina è stata eretta in legge espressa dall' art. 2232 del Cod. napoleonico con le parole: « gli atti di pura facoltà e di semplice tolleranza* ecc. (1) ». Anzitutto noi non vediamo come possa ROMAGNOSI dire che nel 2232 non sia contemplato, almeno in parte, il precario romano, dal momento che lo stesso passo di MERLIN da lui riportato dice che gli atti di famigliarità rientrano nel precario tacito, e dal momento che lo stesso ROMAGNOSI prima di chiedersi se il precario romano fosse espressamente contemplato nel codice francese, aveva enumerati come esempi di precario tacito il tollerarsi il passaggio attraverso un cortile od un recinto; il tollerarsi che i vicini vengano a prendere acqua ecc.; mentre questi sono precisamente gli esempi tipici degli atti di tolleranza di cui all'art. 2232-688.

Ma vediamo piuttosto se il passo di GOUPIL-PREFELN e quello di MERLIN distruggano la distinzione da noi posta tra atti facoltativi e atti di tolleranza.

Non ci pare. Il passo di GOUPIL-PREFELN se ha valore per dirci che gli atti facoltativi debbono avere identità d' essenza cogli atti di tolleranza, non può bastare però per *escludere qualsiasi differenza* di modalità tra i due casi. Una volta che i lavori preparatori hanno, per quanto è possibile, mostrata la via da seguirsi nella interpretazione di una norma di diritto positivo, subentra la dottrina che analizza e distingue. E quel che dicono MERLIN e TARTUFARI non contraddice alla nostra distinzione: essi interpretando l' art. 2232 si *limitano ad osservare il lato comune* tra atti facoltativi e atti di tolleranza, la identità sostanziale che tra essi esiste; — non dicono quindi diversamente da noi: solo si fermano a mezza via. Proseguendo, si può porre in essere una differenza

(1) Qui MERLIN, di cui già parlammo quanto alla interpretazione dell'articolo 2232 a pag. 92, muta opinione, a quanto pare.

di *altro ordine* tra i due casi: una differenza riguardante, non già il contegno di essi di fronte alla validità del possesso ed alla usucapione, ma relativa all'*onere della prova,* in quanto negli atti di *tolleranza* — definiti dalla dottrina e dalla giurisprudenza — la *tolleranza* è *presunta* per presunzione iuris e spetta a chi possiede provare che invece il suo possesso non è di tolleranza; — mentre per gli *atti facoltativi* (precario romano) al possessore basta la affermazione del possesso e incombe al proprietario provare che il possesso è meramente *facoltativo,* perchè si possa dire impossibile l'usucapione del diritto corrispondente al possesso.

Ammessa questa differenza, si risponde implicitamente al COVIELLO (1) il quale nega che: « atti facoltativi siano, « come vuole il TARTUFARI, atti di famigliarità, *perchè* « *altrimenti si confonderebbero cogli atti di tolleranza* ». Al che basterebbe però rispondere che quand'anche realmente questa confusione avvenisse, quand'anche la differenza che cercammo di determinare non esistesse, e si dovesse ritener *atto di pura facoltà* sinonimo di atto *di mera tolleranza,* si tratterebbe sempre di un difetto teorico infinitamente meno grave di quelli presentati dalla interpretazione che il COVIELLO stesso accoglie.

---

(1) COVIELLO: (*Rivista Italiana per le scienze giuridiche* di SCHUPFER e FUSINATO Disp. 29-30 pag. 196 in nota).



INDICE

PARTE PRIMA

La categoria delle res merae facultatis in relazione alla prescrizione estintiva.

TRATTAZIONE SISTEMATICA

Della contraddizione mossa da terzi all'esercizio di una facoltà

PARTE SECONDA

La categoria delle res merae facultatis in relazione alla prescrizione acquisitiva.